

sprechung eine rechtsgestaltende Entscheidung voraus.<sup>70</sup>

## 2. Bedingungen

Dem Erblasser steht schließlich die Möglichkeit offen, eine letztwillige Zuwendung unter eine Bedingung zu stellen. Damit wird die Erlangung der Erbschaft oder der Verlust derselben von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht.<sup>71</sup> Der Rechtserwerb des Begünstigten hängt von der Ausgestaltung der Bedingung ab: Aufschiebende Bedingungen bewirken, dass der Rechtserwerb erst mit Erfüllung derselben eintritt;<sup>72</sup> auflösende Bedingungen bewirken, dass das Recht zwar sofort entsteht, aber mit Eintritt der Bedingung erlischt.<sup>73</sup> Bedingungen müssen im Gegensatz zur Auflage genau erfüllt werden.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> OGH 5. 9. 1996, 2 Ob 2209/96h; aA Rabl, NZ 1998, 97 (98).

<sup>71</sup> Welser, Erbrecht 154.

<sup>72</sup> Der Bedachte muss den Erbanfall erleben und in diesem Zeitpunkt erbfähig sein, s § 703.

<sup>73</sup> Musger in KBB<sup>7</sup> § 696 Rz 2.

<sup>74</sup> Welser, Erbrecht 155.

## E. Abschließende Bemerkung

Dem häufig anzutreffenden Wunsch, Vermögen vor einer Zersplitterung im Erbfall zu bewahren und langfristige Vermögensbindungen anzuordnen, setzt das Gesetz gewisse Grenzen. Zwar anerkennt das ABGB die Möglichkeit, durch Nacherbschaften und Nachvermächtnisse letztwillige Verfügungen zu treffen, die über Generationen wirken, doch sind die zeitlichen Grenzen der §§ 611f zu berücksichtigen. Darüber hinaus bestehen für den Vorerben – je nach Ausgestaltung der Nacherbschaft – inhaltliche Beschränkungen, die uU auch nicht gewollt sind. Wer für sein Vermögen langfristig plant, sollte gut (und damit rechtlich beraten) planen, um das jeweils geeignetste Instrument zu finden und inhaltlich richtig auszugestalten.

### Über die Autorin

Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.

NZ 2025/91

# Pflichtteilsrechtliche Gestaltungsgrenzen – Rechtsunsicherheit und Beweisrisiken

Das Pflichtteilsrecht setzt dem Erblasserwillen zwar zwingende, aber in Teilbereichen wie der Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen (Stichwort Vermögensopfer) oder der letztwillig verfügten sukzessiven Deckung des Pflichtteils keine klaren Grenzen. Im Bemühen um Rechtssicherheit plädieren die Rsp und der überwiegende Teil der Lehre für eine typisierende Betrachtung, die jedoch von der mit dem ErbRÄG 2015 anerkannten wirtschaftlichen Betrachtung herausgefordert wird. In diesem Spannungsverhältnis wirft insbesondere der Einsatz der gestaltungsfreudigen Privatstiftung für die Berücksichtigung von Pflichtteilsansprüchen Fragen auf (Bewertung von Begünstigtenstellung und Stifterrechten, Geschenknehmerhaftung), die in der Lit kontrovers gelöst werden. Unscharf sind auch die Ausnahmetatbestände des § 784 ABGB. Der folgende Beitrag befasst sich mit diesen Problemen aus der Sicht der schutzwürdigen Interessen der Pflichtteilsberechtigten unter Berücksichtigung der ihnen auferlegten Beweislast.

Von Alexander Hofmann

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen – typisierende versus wirtschaftliche Betrachtung
  - 1. Elemente für die Einbeziehung von Schenkungen
  - 2. Vermögensopfer
  - 3. Schenkungsbegriff
- C. Beweislast und Relativität der Hinzu- und Anrechnung
- D. Letztwillige Zuwendungen und Zulässigkeit aufgeschobener Pflichtteilsdeckung

### E. Begünstigung über eine Privatstiftung

- 1. Einleitende Überlegungen
  - 2. Bewertung der Begünstigtenstellung
  - 3. Hinzu- und Anrechnungstatbestände der § 781 Abs 2 Z 4 und Z 5 in Konkurrenz
  - 4. Hinzu- und Anrechnung nach § 781 Abs 2 Z 5
  - 5. Hinzu- und Anrechnung der Zuwendung einer vermögenswerten Rechtsstellung gem § 781 Abs 2 Z 6 – Mitstifter-Konstruktion
  - 6. Geschenknehmerhaftung und Passivlegitimation
- F. Storytelling im Ausnahmetatbestand des § 784
- G. Ergebnisse

## A. Einleitung

Für letztwillige oder vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten lassen sich im zwingenden Pflichtteilsrecht keine scharfen Grenzen ziehen. Bei der Unterscheidung zwischen hinzurechnungspflichtigen und hinzurechnungsbefreiten Schenkungen wird die **typisierende Betrachtung**, die Planungssicherheit verspricht, durch die vom Gesetzgeber gleichermaßen aufgetragene **wirtschaftliche Betrachtung** herausgefordert und in Frage gestellt (Stichwort **Vermögensopfertheorie**). Für **liquiditäts-schonende Deckungsmodelle** besteht im Spannungsfeld von § 762 und § 766 große Rechtsunsicherheit. Die Lösung der Pflichtteilsproblematik über **Stiftungsmodelle** wirft ein Schlaglicht auf diese Fragen. Gerade auf dem Gebiet der Stiftung, in der rechtliches Eigentum und wirtschaftliche Zuordnung desselben Vermögens auseinanderfallen, zeigt sich, dass ein Haften an den äußerlichen Tatbeständen nicht zur sachgerechten Erfassung von Zuwendungen nach den grundlegenden Wertungen des Erbrechts führt. Der offene Rechtsbegriff der „**sittlichen Pflicht**“ in der Ausnahmebestimmung des § 784 ist schließlich von vornherein auf eine Einzelfallbetrachtung angelegt und lässt sich kaum in normative Leitsätze fassen. Der vorliegende Beitrag unternimmt den Versuch einer kritischen Auseinandersetzung mit Rsp und Lehrmeinungen zu diesen für die Nachlassplanung relevanten Problemen.

## B. Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen – typisierende versus wirtschaftliche Betrachtung

### 1. Elemente für die Einbeziehung von Schenkungen

Das Pflichtteilsrecht schränkt nicht nur die Testierfreiheit ein. Um einer Verkürzung des zwingenden Teilhabbeanspruchs vorzubauen, setzt es Erblasser(inne) schon zu Lebzeiten Grenzen, ihr Vermögen durch unentgeltliche Rechtsgeschäfte zu schmälern. Was dem Nachlass durch Schenkungen (§ 781 Abs 1 und Abs 2 Z 1 bis 5) oder sonstige Leistungen, die „**nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt**“ einer Schenkung gleichkommen (§ 781 Abs 2 Z 6), entgeht, wird der Verlassehaft unter den Voraussetzungen der §§ 782ff hinzugerechnet. Geschenke an pflichtteilsberechtigte Personen sind unbefristet hinzurechnungsverfangen (§ 783), solche an nicht Pflichtteilsberechtigte nur dann, wenn das Geschenk innerhalb von zwei Jahren vor dem Tod „**wirklich gemacht**“ wurde (§ 782). Die Pflichtteile werden von dem durch die Hinzurechnung erhöhten Betrag bemessen (**Hinzurechnung** mit dem Wert zum Zeitpunkt der Schenkung gem § 788). Geschenknehmer(inne)n wird ihr Geschenk gem § 787 Abs 2 vom Pflichtteil abgezogen (**Anrechnung**). Reicht der Nachlass zur Deckung des Pflichtteils nicht, **haften** die anderen **Geschenknehmer:innen** mit ihren hinzurechnungspflichtigen Geschenken (**anteilig**) für den Ausfall (§ 789), was

auf eine teilweise Anfechtung der Schenkung hinausläuft. Diese Rechtsfolgen können vertraglich oder durch letztwillige Anordnung ausgeschlossen werden (§ 785 – Anrechnungserlass).

Wesentliche Komponenten der Schenkungsanrechnung sind sohin die Bestimmung des **Zeitpunkts**<sup>1</sup>, zu dem die **Zwei-Jahres-Frist** des § 782 Abs 1 zu laufen beginnt, und der Begriff der Schenkung (§ 781). Trotz verstärkter Betonung der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ durch den Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 überwiegt in Lehre und Rsp auch zum neuen Recht noch immer eine Tendenz zur „typisierenden Betrachtung“<sup>2</sup> bei der Bestimmung dieser Voraussetzungen für die Hinzurechnung. Gestaltungsziel bei Beschenken ist mit Rücksichtnahme auf das Pflichtteilsrecht oftmals die Umschiffung der Hinzurechnung oder zumindest die Entschärfung der den übermäßig Bedachten drohenden Geschenknehmerhaftung. Der **Planungssicherheit** kommt hier die typisierende Betrachtung entgegen. Sie führt zu dem paradoxen Ergebnis, dass § 782, der Schenkungen an Dritte in zeitlicher Nähe zum Tod unter den Generalverdacht der Verkürzungsabsicht stellt<sup>3</sup>, als „**Safe-Harbor**“ für Vermögensleistungen außerhalb der Zwei-Jahres-Frist wirkt, bei denen sich die Vermutung einer Umgehungsabsicht aufdrängt.<sup>4</sup> Das Abstellen auf vertypete Szenarien provoziert **Umgehungen**, weil schon geringfügige Änderungen im Sachverhalt genügen können, um missliebige Rechtsfolgen auszuschalten.<sup>5</sup>

## 2. Vermögensopfer

Rechtsunklarheit wird erzeugt, indem einerseits hinzurechnungspflichtige von hinzurechnungsbefreiten Zuwendungen an Dritte (§ 782) durch die starre zweijährige Frist abgegrenzt werden, der Beginn der Frist aber an ein **unbestimmtes Kriterium** (dass die Schenkung „**wirklich gemacht**“ wurde) anknüpft.<sup>6</sup> Damit hat der

<sup>1</sup> Entscheidungsrelevant und nicht eindeutig geregelt ist, wann die Zugehörigkeit von Geschenknehmer(inne)n zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten (§ 757) gegeben sein muss. Die Rsp verlangt abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung und des Todes (OGH 6. 8. 2020, 2 Ob 195/19v JBI 2021, 512 [Kogler]; Musger in KBB<sup>7</sup> §§ 782–783 Rz 1f mwN).

<sup>2</sup> Hofmann, Kritische Anmerkungen zum Konstrukt der „typisierenden Betrachtungsweise“, NZ 2018, 204.

<sup>3</sup> Herrenhausbericht zur dritten Teilnovelle zum ABGB, 78 BlgHH 21. Sess 116.

<sup>4</sup> Musger in KBB<sup>7</sup> §§ 782–783 Rz 7a; Zollner/Hartlieb, Stiftermehrheit und Pflichtteilsrecht, PSR 2020, 60 (68).

<sup>5</sup> Limberg, Privatstiftung und Erbrecht (2006) 33; derselbe, Be-messung der Pflichtteile nach Stiftern, in Eiselsberg (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 09 (2009) 213 (218f).

<sup>6</sup> Derselbe Zeitpunkt bestimmt den Bewertungsstichtag (§ 788). Unter welchen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eine Schenkung als „wirklich“ erbracht gilt, hat der Gesetzgeber offen gelassen. Die Gesetzesmaterialien sprechen davon, dass damit der Zeitpunkt gemeint sei, in dem das Vermögensopfer hinsichtlich der Zuwendung „endgültig erbracht“ wird. Die fehlende Legaldefinition weist auf die Absicht des Gesetzgebers

Gesetzgeber die zur Privatstiftung entwickelte und wirtschaftlich geprägte „**Vermögensopfertheorie**“ positioniert<sup>7</sup> und Rechtsanwender(inne)n eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ aufgetragen. Sie ist als Vorgabe zu verstehen, einen Sachverhalt nicht an der äußeren Erscheinungsform zu messen, sondern am wahren **wirtschaftlichen Gehalt** (vgl § 21 Abs 1 BAO). Gleichwohl die wirtschaftliche Betrachtung im Zivilrecht häufig bei Rechtsmissbrauch und Umgehungsversuchen eine Rolle spielt<sup>8</sup>, kommt es im hier interessierenden Zusammenhang auf solche subjektiven Umstände nicht an.<sup>9</sup> Es geht um eine auf den **Einzelfall** bezogene und am Faktischen orientierte Beurteilung, um der übergreifenden Wertung des Gesetzgebers zum Schutz der Pflichtteilsberechtigten gerecht zu werden.<sup>10</sup> Die Vermögensopfertheorie, die auf der Spürbarkeit des Vermögensverlustes aufbaut<sup>11</sup>, soll Umgehungen verhindern.<sup>12</sup> Umgehungs- oder Missbrauchsabsicht sind jedoch kein Tatbestandselement für die Hinzurechnung. Sie müssen nicht bemüht werden, damit ein Rechtsgeschäft in die Berechnung einfließt.<sup>13</sup>

Zur Bestimmung des Vermögensopfers sucht die typisierende Betrachtung nach allgemeingültigen Kriterien (nach hL<sup>14</sup> und Rsp<sup>15</sup> ist der endgültige Übergang des

hin, den Rechtsanwender(inne)n die Auslegung nach einer Gesamtbetrachtung zu überlassen (s ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34).

<sup>7</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34; Fidler, Stiftungen, Begünstigte, Bewertungen und das ErbRÄG 2015, PSR 2017, 52 (53).

<sup>8</sup> OGH 28. 5. 2003, 7 Ob 86/03 b JBI 2003, 927 – zum provisorialen Schutz der Wohnrechte einer Ehegattin (§ 97 S 1) vor einem Verkauf der Ehewohnung im Eigentum der vom Ehegatten beherrschten KG.

<sup>9</sup> Wirtschaftliche Betrachtungsweise (§ 21 BAO) und Gestaltungsmissbrauch (§ 22 BAO) haben auch im Steuerrecht eine eigenständige Bedeutung.

<sup>10</sup> Limberg, Privatstiftung und Erbrecht 31 ff; derselbe in Eiselsberg (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 09, 213 (217 ff).

<sup>11</sup> Schauer, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in Barth/Pessendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 193 (199 f).

<sup>12</sup> Musger in KBB<sup>7</sup> §§ 782–783 Rz 3.

<sup>13</sup> Umlauf, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht<sup>2</sup> (2018) 249.

<sup>14</sup> Siehe die Übersicht zum Meinungsstand bei Umlauf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 782 Rz 9 ff; grundsätzlich zust zur typisierend betrachteten Vermögensopferfrage schon zum alten Recht A. Tschugguel, Entscheidungsanmerkung, EF-Z 2017, 41.

<sup>15</sup> OGH 24. 6. 2021, 2 Ob 119/20 v JBI 2022, 304 (Kogler); 22. 2. 2022, 2 Ob 6/22 d – kein Aufschub des Vermögensopfers durch Vorbehalt eines Fruchtgenussrechtes; krit Christandl, Das Erbrecht im Spiegel der Rechtsprechung – Zwischenbilanz und Ausblick, NZ 2022, 314 (332 ff). Zum alten Recht judizierte der OGH zwar gegenteilig, aber insofern auch typisierend, als zwischen dem (umfassenden) Fruchtgenussrecht (OGH 6. 8. 2015, 2 Ob 125/15 v EF-Z 2015, 275 [A. Tschugguel] – Vermögensopfer nicht erbracht) und einem einfachen Wohnrecht (OGH 29. 9. 2016, 2 Ob 144/16 i EF-Z 2017, 40 [A. Tschugguel] – Vermögensopfer erbracht) unterschieden wurde. Nach dem ErbRÄG 2015 und den Gesetzesmat war die Judikaturwende nicht zwingend. In den Erläuterungen steht nur: „Durch ein bloßes

Eigentums bzw der Rechtszuständigkeit am Geschenkgegenstand maßgeblich), ohne die Nutzungsverhältnisse oder die persönliche Beziehung zu Geschenknehmer(inne)n im konkreten Fall zu berücksichtigen.<sup>16</sup> In besonders **gestaltungsfreudigen Sachverhalten** wie bei **Stiftungslösungen** lässt sich aber nicht typisieren, was erklärt, dass im Schrifttum zur Frage des Aufschubs des Vermögensopfers in weniger eindeutigen Konstellationen (alleiniges Änderungsrecht, sonstige rechtliche oder bloß faktische Einfluss-, Mitwirkungs- und Nutzungsmöglichkeiten) ganz unterschiedliche und kontäre Meinungen vertreten werden<sup>17</sup>, was eine nicht minder missliche Rechtsunsicherheit hinterlässt. Die spärliche Rsp zum Stiftungsrecht hat bislang nur wenige Fragen geklärt. Faktische Einflussmöglichkeiten reichen nach der noch zur alten Rechtslage ergangenen Entscheidung OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a<sup>18</sup>, nicht. Allerdings erkannte der OGH mit Urteil vom **15. 10. 2024, 2 Ob 66/24 f**, in Abkehr von anderen Aussagen in 2 Ob 98/17 a, dass schon ein umfassender und von Erblasser(inne)n alleine auszuübender **Änderungsvorbehalt** für sich, auch ohne zusätzliches Widerrufsrecht, im Anwendungsbereich des ErbRÄG 2015 für den **Aufschub des Vermögensopfers** genügt. Dem formalen Einwand der Unzulässigkeit eines widerrufsgleichen Änderungsrechts hielt der OGH entgegen, „dass der umfassende Änderungsvorbehalt Änderungen des Stiftungszwecks, der Begünstigten und Letztbegünstigten und der Höhe und Fälligkeit von Zuwendungen ermöglicht“ und damit „– wenn auch nicht uno actu – ein dem Widerruf wirtschaftlich annähernd gleichzu haltendes Ergebnis erzielbar“ sei, „was der Erbringung eines Vermögensopfers zur Gänze entgegensteht“. Der OGH

Nutzungsrecht wird das Vermögensopfer aber regelmäßig nicht ausgeschlossen.“ (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34). „Bloß“ kann auch im Sinne von weniger weitreichend (als schlichtes Wohnungsgebrauchsrecht iS der früheren Rsp) verstanden werden. Der Begriff „regelmäßig“ schließt Ausnahmen in bestimmten Fällen nicht aus (aA Umlauf, Hinzu- und Anrechnung 69 ff, der nach dem ErbRÄG 2015 seine Position als Vertreter einer „strenge Vermögensopfertheorie“ aufgegeben hat – so Zöchl-Jud, Nochmals: Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015, ZFS 2017, 162 [166]).

<sup>16</sup> Für die Spürbarkeit des Vermögensopfers macht es schon einen Unterschied, ob Geschenkgeber:innen nach der Übertragung unter Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts aus dem Zuwendungsgegenstand nur passives Einkommen beziehen oder die Sache (zB ein Haus) weiterhin auch persönlich benützen (zur Kritik an der Differenzierung der alten Rsp unter dem Blickwinkel einer Kontinuität in der Nutzung s A. Tschugguel, EF-Z 2017, 41). Bei familiärer Verbundenheit mit Geschenknehmer(inne)n werden Geschenkgeber:innen die Übertragung in Verbindung mit vorbehaltenen Rechten nicht notwendigerweise als wesentliche Änderung ihrer Vermögenslage empfinden.

<sup>17</sup> Siehe die Zusammenfassung bei Zöchl-Jud, Zur Haftung von Privatstiftung und Begünstigten nach § 789 ABGB, in FS Schauer (2023) 649 (650 ff).

<sup>18</sup> NZ 2018, 184 (Hofmann). Gleichwohl gerade informelle Steuerungsmöglichkeiten die geforderte Spürbarkeit des Vermögensopfers für Erblasser:innen relativieren.

folgte damit der hL und den Gesetzesmaterialien.<sup>19</sup> Er begründete seine Entscheidung nicht zuletzt mit der **wirtschaftlichen Überlegung**, dass der Änderungsvorbehalt „**verlängerten Eigentümerinteressen**“ dient und die (schrittweise) Rückholung des Vermögens, in welcher Form auch immer, ermöglicht. Die wirtschaftliche Betrachtung wird von der Rsp daher nicht gänzlich ausgeblendet, muss aber konsequent durchgehalten werden. Das Vermögensopfer für vorbehaltene Änderungsrechte wird auch aufgeschoben bleiben müssen, wenn die Ausübung von der Zustimmung eines Beirats abhängt, dessen Mitglieder nach der Pfeife der Stifter:innen tanzen.

Im Ergebnis führt das Typisieren dazu, dass wirtschaftlich **gleiche Sachverhalte** ohne Rechtfertigung durch die übergreifende pflichtteilsrechtliche Ratio **verschieden behandelt** werden. Wirtschaftlich besteht für Erblasser:innen kein Unterschied zwischen einer Schenkung unter Vorbehalt des Fruchtgenussrechts und einer Schenkung auf den Todesfall. In beiden Fällen bleibt ihnen die uneingeschränkte Nutzung bis zum Ableben. Dennoch wird nach hL die Schenkung auf den Todesfall ohne Rücksicht auf die Person der Beschenkten und den Zeitraum bis zum Tod von Geschenkgeber(inne)n hinzugerechnet.<sup>20</sup> Fidler<sup>21</sup> hat daher zurecht moniert, dass die Vermögensopfertheorie als Versatzstück für beliebige Lösungen im Namen der „wirtschaftlichen Betrachtung“ dient, was mE allerdings daran liegt, dass die wirtschaftliche Betrachtung im Erbrecht noch weithin auf Skepsis stößt. De lege ferenda müsste der Gesetzgeber den Vermögensopferbegriff durch Positivierung der relevanten und – im Sinne eines beweglichen Systems – kasuistisch zu gewichtenden Elementen (zB endgültiger Verlust der Rechtszuständigkeit, Aufgabe von Rechten und Möglichkeiten, die eine fortgesetzte eigentümerähnliche Kontrolle oder Nutzung vermitteln, fehlende Nahebeziehung zu Geschenknehmer[inne]n etc) konkretisieren. Ob der Wohlstand eines verheirateten Kindes, das an der Lebensführung des Schwiegerkindes partizipiert, durch Zuwendungen an dieses oder auf direktem Weg gemehrt wird, macht – wirtschaftlich – keinen Unterschied. Stärkt die Zuwendung die Finanzkraft von Ehepartner(inne)n, kann das in Form eines erhöhten Geldunterhalts die Vermögensposition auch unmittelbar verbessern. Trotzdem wird die Schenkung nach stRsp nicht dem eigenen Kind zugerechnet und fällt unter § 782.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

<sup>20</sup> Schauer in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 193 (2020); Umlauf, Hinzu- und Anrechnung 73ff; Welser, Erbrechts-Kommentar (2019) § 788 Rz 4; Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> (2020) Rz 11.24.

<sup>21</sup> PSR 2017, 52 (53).

<sup>22</sup> OGH 25. 4. 2018, 2 Ob 80/18f NZ 2018, 271.

### 3. Schenkungsbegriff

Der **Schenkungsbegriff** des § 781 bleibt nicht auf Verträge iSd § 938 reduziert. Ergänzend enthält § 781 Abs 2 einen beispielhaften (arg „gelten auch“) Katalog unentgeltlicher Zuwendungen, abgerundet durch die **Generalklausel** in der Z 6. Auch in ihr kommt die vom Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 geforderte wirtschaftliche Betrachtung zum Ausdruck. Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelungstechnik eine **Verbreiterung** der **Bemessungsgrundlage** angepeilt, ein engmaschig geknüpftes Netz ausgeworfen, um jedweden Vermögenstransfer von Erblasser(inne)n ohne adäquate Gegenleistung nach den genuinen **pflichtteilsrechtlichen Wertungen** einzufangen. Dennoch übt die Rsp bislang Zurückhaltung gegenüber der Z 6.<sup>23</sup> Die Ratio des § 781 verbietet es, den wirtschaftlich geprägten Schenkungsbegriff typisierend in selbstständige Zuwendungstatbestände zu zergliedern und diesen entgegen der gesetzgeberischen Intention einen beschränkenden Charakter beizulegen. Zu welchen Fehlschlüssen das führt, wird am Beispiel der Begünstigung durch eine Privatstiftung (unten unter Punkt E.) noch dargelegt.

### C. Beweislast und Relativität der Hinzu- und Anrechnung

Die Kautelarjurisprudenz sollte nie die Prozessrealität aus den Augen verlieren, mit der sich Pflichtteilsberechtigte und Pflichtteilsschuldner:innen in der Verfolgung oder Abwehr von Ansprüchen konfrontiert sehen. Dass der zwingende Pflichtteilsanspruch zusteht, bedeutet nicht zwangsläufig, dass er sich durchsetzen lässt. Häufig bestimmt die **Beweislast** den Erfolg. Eine geschickte Nachlassplanung, die die Grenzen des Möglichen auszuloten versucht, kann diese Hürde ins Kalkül ziehen.

Den Wert der Verlassenschaft und der hinzurechnungspflichtigen Geschenke haben die **Pflichtteilsberechtigten** zu behaupten und zu beweisen.<sup>24</sup> Die **Hinzurech-**

<sup>23</sup> OGH 25. 7. 2024, 2 Ob 123/24 p EF-Z 2024, 269 (krit Hofmann – Pflichtteilsberechnung vom halben Übernahmepreis (krit auch Rabl, Pflichtteilminderung in § 14 Abs 3 Satz 2 WEG, NZ 2024, 549); 13. 12. 2022, 2 Ob 184/22 f; 13. 12. 2022, 2 Ob 205/22 v – Z 6 kein Auffangtatbestand für Schenkungen ohne festgestellte Schenkungsabsicht (krit Hofmann, Gemischte Schenkung, Schenkungsabsicht und der Auffangtatbestand des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB – Konsequenzen aus den Entscheidungen 2 Ob 184/22 f und 2 Ob 205/22 v, JEV 2023, 4; vgl Maier, Der wirtschaftlich geprägte Schenkungsbegriff im Pflichtteilsrecht, JEV 2023, 189); OLG Wien 4. 12. 2023, 6 R 273/23 w – Z 6 greift nicht bei gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsregelung. Der Begriff Leistung ist aber weit gefasst. Darunter ist auch der Übergang werthaltiger Rechte aufgrund von Gesellschaftsverträgen oder Gemeinschaftskonten (Kletečka, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in Rabl/Zöchling-Jud [Hrsg], Das neue Erbrecht [2015] 89 [102f]) oder die Differenz zum Übernahmepreis beim Erwerb durch bedarfsqualifizierte Eigentümerpartner:innen nach § 14 Abs 3 S 2 WEG zu verstehen (Rabl, Der Tod des Wohnungseigentumspartners [2023] Rz 773).

<sup>24</sup> OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a.

**nung** muss von den Berechtigten erst begehrt werden (§ 782 Abs 1, § 783 Abs 1). Ob eine besondere Beweisnähe von Erb(inn)en und Geschenknehmer(inne)n Kläger(inne)n Erleichterung bei der Beweisführung verschaffen kann, ließ der OGH zuletzt offen.<sup>25</sup> Ihre Beweispflicht erstreckt sich nach der Rsp auch auf das subjektive Element der Schenkungsabsicht bei der **gemischten Schenkung**, wobei der OGH in diesem Szenario zumindest einen **Anscheinsbeweis** genügen lässt.<sup>26</sup> Auch die **Ausnahme** von der **Anrechnung** gem § 784 müssen Pflichtteilsberechtigte dar tun, wenn ihnen die entsprechende Schenkung als anspruchsmindernd entgegengehalten wird.<sup>27</sup>

Umgekehrt haben **Pflichtteilsschuldner:innen** bzw die nach § 789 haftpflichtigen Geschenknehmer:innen den Wert und Abzug einer den Kläger(inne)n **azurechnenden Schenkung** (§ 783, § 787 Abs 2) unter Beweis zu stellen bzw die **Ausnahme** von der **Hinzurechnung**, soweit sie von Pflichtteilsberechtigten begehrt wird.<sup>28</sup> Schließlich müssen Geschenknehmer:innen ihre Redlichkeit bei der Aufgabe des Geschenks beweisen, wenn sie sich von der persönlichen Haftung befreien wollen (§ 790 Abs 1).

Im Prozess fallen die Hinzu- und Anrechnung nicht nur auf der Beweislastebene (zwischen den Parteien) auseinander. Weil sie im zweipersonalen Verhältnis erfolgen, kann ein und dieselbe Zuwendung in mit mehreren Pflichtteils- oder Anrechnungsberechtigten geführten Verfahren entscheidungsgegenständlich sein. Aus der im materiellen Recht angelegten **relativen Wirkung** eines Hinzurechnungsbegehrens<sup>29</sup> folgt, dass mehrere Pflichtteilsberechtigte keine einheitliche Streitpartei iSd § 14 ZPO bilden. Sie können nur als formelle Streitgenoss(inn)en (§ 11 Z 2 ZPO) auftreten.<sup>30</sup> Eine Verbindung der Verfahren ist nur soweit möglich, als für die Klagen dasselbe Gericht sachlich und örtlich zuständig ist (§ 187 ZPO).<sup>31</sup> Es kann daher geschehen, dass dieselbe Zuwendung in einem Prozess als Hinzurechnungsgrund von Beklagten erfolgreich abgewehrt wird, in ei-

<sup>25</sup> OGH 21. 2. 2023, 2 Ob 18/23w (Rz 4) JEV 2023, 152 (Sauerzapf).

<sup>26</sup> OGH 19. 11. 2024, 2 Ob 248/23v; abw 13. 12. 2022, 2 Ob 205/22v JEV 2023, 4 (Hofmann); vgl 25. 2. 2021, 2 Ob 110/20w SZ 2021/16.

<sup>27</sup> OGH 28. 5. 2024, 2 Ob 74/24g – Schmälerung des Stammvermögens durch die Schenkung.

<sup>28</sup> OGH 13. 12. 2022, 2 Ob 224/22p EvBl 2023, 483 (Kogler) – sittlich gerechtfertigter Versorgungszweck für Versicherungsleistung an die beziehberechtigte Witwe nicht erwiesen.

<sup>29</sup> Musger in KBB<sup>7</sup> §§ 782–783 Rz 15; Rabl, Die Berechtigten einer Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil. Ein Beitrag zu den Zwecken des Anrechnungsrechts, in FS Bittner (2018) 471 (478).

<sup>30</sup> OGH 21. 3. 2024, 2 Ob 43/24y (Rz 7); 25. 10. 2023, 2 Ob 163/23v (Rz 14); 30. 5. 2022, 2 Ob 66/22b (Rz 14); zu Geschenknehmer(inne)n als materielle Streitgenoss(inn)en s unten unter FN 94.

<sup>31</sup> Die Entscheidung über die Verbindung liegt im Ermessen des Gerichts.

nem anderen Verfahren hingegen als Anrechnung Anerkennung findet. Ob sich der **fehlenden Rechtskraftwirkung** gegenüber den Parteien in späteren Prozessen mit einer Streitverkündigung abhelfen lässt<sup>32</sup>, erscheint fraglich. Als ein der Nebenintervention (§ 17 Abs 1 ZPO) vorgelagerter Schritt (§ 21 Abs 2 ZPO) hilft die Streitverkündigung wenig, weil das Obsiegen oder Unterliegen von Pflichtteilsberechtigten ihre Rechtsbeziehung zu anderen Hinzurechnungsberechtigten unberührt lässt.<sup>33</sup> Die Streitverkündigung ist kein probates Instrument, um die Bindungswirkungen zu erweitern.<sup>34</sup>

## D. Letztwillige Zuwendungen und Zulässigkeit aufgeschobener Pflichtteilsdeckung

Den Verfasser(inne)n letztwilliger Verfügungen sind aus pflichtteilsrechtlicher Sicht Grenzen gesetzt, weil der Pflichtteil durch lebzeitige oder letztwillige Zuwendungen möglichst rechtssicher vollständig gedeckt sein muss.<sup>35</sup> Wird dieses Ziel verfehlt, sind Erb(inn)en, Vermächtnisnehmer:innen und übermäßig Beschenkte mit einem Geldpflichtteil (§ 763) bzw der Kürzung ihrer Begünstigung (§ 764 Abs 2, § 789) konfrontiert, was die beabsichtigte Vermögensverteilung stört. Der vom Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 für die letztwillige Deckung ausgelegte gesetzliche Rahmen ist, soweit es nicht um den reinen Geldpflichtteil iSd § 763 geht, widersprüchlich und in der Lehre umstritten.

Die Pflichtteilsberechtigten haben die einer lebzeitigen (§ 781) oder letztwilligen (§ 780) Zuwendung anhaften und **verwertungsschädlichen Bedingungen** oder Belastungen anzunehmen (§ 762). Ein fehlender oder verminderter Nutzen, der den Gesetzesmaterialien folge auch darin bestehen kann, dass sich die Zuwendung nicht sofort in Geld ummünzen („versilbern“) lässt, wird nur bei der Bewertung berücksichtigt. Die Zuwendung ist mit dem inneren Wert als Deckung auf den Pflichtteil azurechnen.<sup>36</sup> Damit scheinen auch Befristungen und sukzessive Deckungen uneingeschränkt möglich zu sein. **§ 766 Abs 1 S 1** begrenzt hingegen die mögliche **Stundung** oder Zahlung des Pflichtteilsanspruchs in Teilbeträgen auf höchstens fünf Jahre nach dem Tod. Diese Einschränkung gilt kraft ausdrücklicher

<sup>32</sup> So Musger in KBB<sup>7</sup> §§ 782–783 Rz 15.

<sup>33</sup> Im Unterschied zur Nebenintervention in einem Gewährleistungsfall, die darauf abzielt, Nebeninterventen(inn)en vor drohenden Folgeansprüchen einer Partei zu schützen. Ein Regress zwischen (beschenkten) Pflichtteilsberechtigten ist nicht möglich.

<sup>34</sup> Schneider in Fasching/Konecny Zivilprozessgesetze II/1<sup>3</sup> (2015) § 21 Rz 6.

<sup>35</sup> Enterbung (§ 769) und Minderung (§ 776) sind nicht darauf angelegt, die Testierfreiheit zu erweitern. Davon profitieren primär Repräsentant(inn)en oder Anwachungsberechtigte (§ 758 Abs 2, § 760 Abs 2), soweit solche vorhanden und von der verfügbaren Enterbung oder Kürzung nicht selbst betroffen sind.

<sup>36</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 32f.

Anordnung auch für die ganz oder zum Teil aufgeschobene **Deckung** des Pflichtteils durch eine Zuwendung (§ 766 Abs 1 S 2). Wird gestundet, kann der (gesamte oder ein fehlender) Pflichtteil erst nach Ablauf des Stundungszeitraums gefordert werden (§ 766 Abs 2, § 790 Abs 2).<sup>37</sup> Der gestundete Betrag ist gleichwohl ab dem Anfall (Tod) zu verzinsen (§ 765 Abs 1, § 779 Abs 2) und auf Verlangen sicherzustellen (§ 768).

Nach überzeugender Ansicht betrifft § 762 nicht die Hinterlassung des **Geldpflichtteils** iSd § 763<sup>38</sup> und kolliert insofern nicht mit § 766 Abs 1 S 1, der nur die Stundung dieses Anspruchs eingrenzt.<sup>39</sup> § 766 Abs 1 S 2 erfasst außerdem nur **letztwillige Zuwendungen** und keine Schenkungen iSd § 781.<sup>40</sup> Die Schenkung ist ein **zweiseitiges Rechtsgeschäft**. Mit Annahme der Schenkung wird die Wirkung der Anrechnung akzeptiert. Sie kann nicht einseitig aufgedrängt werden. Aus dieser Überlegung folgt, dass die Einräumung einer Begünstigtenstellung aus einer von Erblasser(inne)n (lebzeitig) dotierten Privatstiftung, die § 781 Abs 2 Z 5 als Schenkung einordnet (s dazu unten unter E.1.), ausgeschlagen werden kann bzw. **nicht angenommen** werden muss, ohne das Wertäquivalent auf den Geldpflichtteil zu verlieren.<sup>41</sup>

In Bezug auf letztwillige Zuwendungen verbleibt zwischen § 762 und § 766 Abs 1 S 2 allerdings ein methodisch schwer aufzulösender Widerspruch. Damit sind keine klaren Grenzen für die Deckung des Pflichtteils in einer für Erb(inne)n liquiditätsschonenden Form gezogen, die den Bedachten (indirekt) aufgeschobene Zahlungen oder eingeschränkte Verfügungsrechte vermitteln. Der eingeschränkte Nutzen kann sich entweder aus der letztwilligen Anordnung selbst ergeben (zB Vermächtnis eines Rentenlegats, Fruchtgenussrechts, Bestimmung einer Vor- oder Nacherbschaft, Zuwendung der Begünstigung in einer Stiftung von Todes wegen gem § 780 Abs 1) oder in lebzeitig mit Dritten getroffenen Vereinbarungen liegen (zB

<sup>37</sup> Die Stundung wirkt als bloße Vollstreckungssperre (OGH 21. 11. 2023, 2 Ob 216/23 p (Rz 14) JBI 2024, 384 [Oberhummer] – sofortige Klagbarkeit mit terminisiertem Begehrten). § 766 Abs 2 lässt bei unbilliger Härte nach Abwägung der beiderseitigen Interessen eine Verkürzung zu. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann die Stundung auf zehn Jahre erstreckt werden (§ 766 Abs 3).

<sup>38</sup> Das ist der Pflichtteil, der nach Abzug nicht in Geld bestehender Zuwendungen zusteht.

<sup>39</sup> Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 762 Rz 10 f. Ein Rentenlegat (dessen Gegenstand ist nicht ein bestimmter Geldbetrag, sondern der Anspruch auf regelmäßige Zahlungen) könnte auch nach § 762 zu beurteilen sein. Die gestundete Hinterlassung des Geldpflichtteils (Ratenlegat) unterliegt hingegen jedenfalls den Einschränkungen des § 766 (ebenso Binder/Giller, Pflichtteilsrecht, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> [2018] § 9 Rz 127).

<sup>40</sup> Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 762 Rz 12; Musger in KBB<sup>7</sup> § 762 Rz 6.

<sup>41</sup> Klampfl, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015 – der „neue“ Rechtsrahmen zur Berücksichtigung stiftungsnaher Transaktionen, JEV 2015, 120 (129).

Hinterlassung einer belasteten Liegenschaft, Darlehensforderung, Unterbeteiligung oder eines Unternehmenswertanteils an einer FlexCo).

Ein Teil der Lehre löst diesen Widerspruch, indem sie, mit jeweils unterschiedlicher Begründung, § 762 den **Vorrang** einräumt.<sup>42</sup> Die gegenteilige Ansicht<sup>43</sup> geht – mit unterschiedlichen Meinungen zu den sich daraus ergebenden Konsequenzen – von der Verdrängung des § 762 durch § 766 Abs 1 S 2 aus. Im Sinne der Mechanik einer Socinischen Kautel<sup>44</sup> plädiert Umlauft<sup>45</sup> für letztwillig verfügte Belastungen auf Basis von § 766 Abs 2 für ein Optionsrecht, nach Ablauf des Regelstundungszeitraums unter Anrechnung erhaltener Leistungen und gezogener Nutzungen und unter Verzicht auf die belastete Mehrzuwendung den Geldpflichtteil zu fordern. Bei der Zuwendung von Vermögen oder Rechten, deren geminderter Nutzen nicht aus der letztwillig verfügten Anordnung folgt<sup>46</sup>, unter-

<sup>42</sup> A. Tschugguel, Pflichtteilsdeckung neu – Zur Auflösung eines (scheinbaren) Normenwiderspruchs – Zugleich eine Besprechung der E 2 Ob 167/16x, EF-Z 2017, 111f; Klampfl, JEV 2015, 120 (135 f); Schauer, Das neue Erbrecht Grundlegende Wertungen und ausgewählte Einzelfragen, ÖJZ 2017, 53 (55 f); Hartlieb, Die Belastung der Pflichtteilszuwendung – Zugleich ein Beitrag zur Erweiterung der Testierfreiheit durch das ErbRÄG 2015, JBI 2020, 815 (818 ff); Binder/Giller, Pflichtteilsrecht § 9 Rz 122 ff; Kalss, Unternehmensnachfolge im Licht des künftigen Erbrechts, in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht NEU (2015) 95 (111f); im Ergebnis auch Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 762 Rz 21. Kogler konstatiert eine infolge echter Antinomie geschaffene Kollisionslücke, die mit dem für Schenkungen verbleibenden Anwendungsbereich des § 762 geschlossen wird. Der Übernahme der Regelung für Schenkungen steht aber deren Charakter als zweiseitiges Rechtsgeschäft entgegen. Schenkungen und deren Anrechnungswirkung müssen nicht akzeptiert werden. Zöchling-Jud/Zollner (Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – erste Überlegungen zum ErbRÄG 2015, in Artmann/Rüffler/Torggler [Hrsg], Gesellschaftsrecht und Erbrecht [2016] 41 [61]) ignorieren § 766 Abs 1 S 2, wenn sie § 766 auf Stundungen und Ratenzahlungen des Geldpflichtteils beschränken.

<sup>43</sup> Barth, Pflichtteilsrecht neu, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 157 (181); Umlauft, Erbrechtsreform 2015: Antinomie zwischen den Regelungen der Pflichtteilsdeckung und Pflichtteilstundung?, FS Eccher (2017) 1189 (1196 ff); Fidler, PSR 2017, 52 (59 f); Musger in KBB<sup>7</sup> § 762 Rz 6; Welser, Erbrechts-Kommentar § 762 Rz 9; Hofmann, Die sukzessive Erfüllung des Pflichtteils nach dem ErbRÄG 2015 – Überlegungen zur Auflösung des angeblichen Widerspruchs zwischen §§ 766 und 762 ABGB, NZ 2017, 441.

<sup>44</sup> Vgl § 765 Abs 2 S 2 100/ME 25. GP. Gem § 762 100/ME 25. GP hätte eine nicht auf die Mehrzuwendung bezogene Belastung angefochten (Abs 2) bzw bei untrennbarer Gesamtbelastung der Zuwendung diese ausgeschlagen und der Geldpflichtteil gefordert (Abs 3) werden können.

<sup>45</sup> In FS Eccher 1189 (1196 ff); zust Musger in KBB<sup>7</sup> § 762 Rz 6; ähnlich Barth in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 157 (181).

<sup>46</sup> Dazu zählt nach Umlauft (Hinzu- und Anrechnung 174 f) die Einräumung einer Begünstigtenstellung gem § 781 Abs 2 Z 5, die nach hier vertretener Auffassung als Schenkung nicht unter § 766 Abs 1 S 2 fällt.

wirft *Umlauft*<sup>47</sup> das Umsteigen auf den Geldpflichtteil einer Billigkeitskontrolle gem § 766 Abs 2 (analog). Die Ansicht von *Umlauft* wirft Fragen der Rückabwicklung einer geleisteten oder übernommenen Zuwendung (im Verhältnis zu Dritten) auf. Deshalb schlug der Verfasser vor, dass Pflichtteilsberechtigte die Differenz zwischen dem *ex ante* für den zulässigen Stundungszeitraum zu beziffernden Wert der Zuwendung und dem Pflichtteil als nicht gedeckten Geldpflichtteil zum frühestmöglichen Zeitpunkt (ein Jahr nach dem Tod – § 765 Abs 2) fordern und eine allfällige Überdeckung behalten können.<sup>48</sup> Dieses Ergebnis und weitere Rechtsunklarheiten können Testator(inn)en vermeiden, indem sie die (belastete) Zuwendung, aus der für Bedachte ein Mehrwert zum Gelpflichtteil zu erhoffen wäre, mit einer **Socinischen Kautel** verknüpfen und ein Wahlrecht letztwillig einräumen.<sup>49</sup>

## E. Begünstigung über eine Privatstiftung

### 1. Einleitende Überlegungen

Alle dargestellten Fragen und daraus folgende Gestaltungsrisiken (halbherzige Handhabung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, undeutliches Konzept der Vermögensopfertheorie, Auseinanderfallen von Hinzu- und Anrechnung in der prozessualen Durchsetzung, Wertungswiderspruch zwischen § 762 und § 766 Abs 1 S 2) treten bei der Privatstiftung besonders deutlich hervor. Dort geht es um **große Vermögen**, was aufgrund des enormen Kostenrisikos von vornherein ein Chancengefälle zu Lasten von schwächeren Pflichtteilsberechtigten schafft. Insofern wirkt der Einsatz einer Privatstiftung jedenfalls als **prozedurale Hürde**, um die Verfolgung unliebsamer Pflichtteilsansprüche auszubremsen. Darüber hinaus ist der vom ErbRÄG 2015 für den „Einbau“ von Stiftungskonstruktionen in das pflichtteilsrechtliche System geschaffene spezifische Rechtsrahmen in mehrfacher Hinsicht **auslegungsbürtig**. Folgende Fälle sind geregelt:

- § 780 Abs 1: Zuwendung als **Begünstigte:r** einer vom/von der Verstorbenen errichteten Privatstiftung oder vergleichbaren Vermögensmasse auf den **Todesfall**,
- § 781 Abs 2 Z 4: **Vermögenswidmung** an eine Privatstiftung und

- § 781 Abs 2 Z 5: Einräumung der **Begünstigtenstellung** in einer Privatstiftung, soweit ihr der/die Verstorbene sein/ihr Vermögen gewidmet hat.

Die Tatbestände sind **überschließend** formuliert. Sie überschneiden einander, sind lückenhaft<sup>50</sup> und operieren nicht mit einheitlichen Begriffen.

Von den zahlreichen in der Literatur erörterten Problemen seien nur einige Beispiele herausgegriffen. Ausgehend vom Wortlaut lässt sich eine Zuwendung, die aufgrund des Ablebens des Stifters/der Stifterin erlangt wird, sowohl unter § 780 Abs 1 als auch unter § 781 Abs 2 Z 5 einreihen. Weil § 780 Abs 1 nur die Anrechnung erwähnt, können damit nur Fälle gemeint sein, in denen sich das über die Stiftung zugewendete Vermögen zum Todeszeitpunkt noch im Nachlass befindet, zur Berechnungsgrundlage gehört und für den Pflichtteil nicht hinzugerechnet werden muss.<sup>51</sup> § 780 Abs 1 scheint – anders als § 781 Abs 2 Z 5 – Zuwendungen der Anrechnung unabhängig davon zu unterwerfen, ob das Vermögen vom/von der Verstorbenen gewidmet wird. Ausgehend von der pflichtteilsrechtlichen Ratio (Schutz vor Umgehung und Ausgleichsgedanke) ist dieses Tatbestandelement auch bei § 780 Abs 1 anzunehmen. Es konnte nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, Pflichtteilsberechtigten Leistungen, die sie von Dritten erhalten, vom Pflichtteil abzuziehen.<sup>52</sup> Nur § 780 Abs 1 erstreckt – anders als die Z 4 und 5 – den Begriff der Stiftung auf eine „vergleichbare Vermögensmasse“, was nach verfassungskonformer Interpretation zu korrigieren ist. Entgegen dem Wortlaut müssen alle Tatbestände unterschiedslos in- und ausländische Stiftungen und vergleichbare Instrumente zur Weitergabe von Vermögen erfassen.<sup>53</sup> Nach den Gesetzesmaterialien und einhelliger Lehre sind die Tatbestände dahingehend

<sup>50</sup> Mitstifter-Konstruktionen fallen unter Z 6 (s dazu unten unter Punkt 5.).

<sup>51</sup> *Umlauft*, Hinzu- und Anrechnung 154; Fidler, PSR 2017, 52 (57 f); Zöchling-Jud, ZFS 2017, 162 (177). Das trifft typischerweise, aber nicht ausschließlich (aA Zöchling-Jud in FS Schauer 653 FN 22) auf die letztwillig errichtete Privatstiftung (§ 8 PSG) zu. Denkbar ist, dass Erblasser:innen einer bestehenden Stiftung Vermögen von Todes wegen mit der Maßgabe vermachen, es an Begünstigte auszuschütten (Arnold, PSG<sup>4</sup> Einl Rz 22). Werden die Begünstigten durch letztwillige Vermögenswidmung über eine (von Dritten) lebzeitig errichtete Stiftung bedacht, kommt § 780 Abs 1 analog zur Anwendung (*Umlauft* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> § 780 Rz 11). Zollner/Pitscheider (Pflichtteilsrechtliche Aspekte einer Begünstigtenstellung, PSR 2016, 8 [16 f]) sprechen von fingierter Hinzurechnung der Zuwendung. Das gestiftete Vermögen stammt aber aus dem Nachlass. Die Nachlasszugehörigkeit muss nicht fingiert werden.

<sup>52</sup> Zollner/Pitscheider, PSR 2016, 8 (16).

<sup>53</sup> Arnold, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, GesRZ 2015, 346 (350). Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber mit der „vergleichbaren Vermögensmasse“ die im angloamerikanischen Rechtsbereich verbreitete Konstruktion des „Pour-Over Will“ gemeint. Das Vermögen erbt zunächst ein Trust (als Sondervermögen eines Trustees), über den es – ohne abhandlungsgerichtliche Kontrolle (out of probate) – an die Begünstigten (Beneficiaries) verteilt wird. Die Verteilung über einen unter Lebenden errichteten

<sup>47</sup> In FS Eccher 1189 (1196 ff); anders Musger (in KBB<sup>7</sup> § 762 Rz 6), der keinen Grund zur unterschiedlichen Behandlung sieht.

<sup>48</sup> Hofmann, NZ 2017, 449 ff. Nach der Ratio des § 766 darf die Bewertung (Ermittlung des abgezinsten Gegenwartswerts zukünftiger Nutzungen) nur liquidiertnahme Zuflüsse berücksichtigen, mit denen Pflichtteilsberechtigte im Stundungszeitraum mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu rechnen haben.

<sup>49</sup> Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> (2022) 636; Welser, Erbrechts-Kommentar § 762 Rz 10; anders Eccher, Die österreichische Erbrechtsreform (2017) Rz 124.

zu reduzieren, dass es zu **keiner doppelten Hinzurechnung** kommt.<sup>54</sup> Über die praktische Umsetzung dieser einschränkenden Auslegung bestehen in der Lehre allerdings **konträre Ansichten** (s. dazu unten unter Punkt 3.). Eine Regelung zur Beitragspflicht von Begünstigten iSd § 764 Abs 2 fehlt.<sup>55</sup> Nicht alle im Schrifttum aufgezeigten Unstimmigkeiten lassen sich in diesem Rahmen aufzählen. Aus dem Befund dieser **fragmentierten Rechtslage** folgt, dass man sich im Schnittfeld von Pflichtteilsrecht und Privatstiftung methodisch **nicht alleine am Wortlaut** der Tatbestände **orientieren** darf. Die meisten Fragen lassen sich nur sachgerecht lösen, wenn man die „großen Linien“ im Blick behält.<sup>56</sup> Die (privatnützige) **Privatstiftung** verfolgt **keinen eigenständigen Zweck**. Sie erfüllt nur den von Stifter(inne)n aufgetragenen Zweck und ist daher im Bezug darauf nicht wirklich „Dritter“ (so hL), sondern bis zur Erbringung des Vermögensopfers als „**verlängerter Arm**“ des Stifters/der Stifterin zu behandeln.<sup>57</sup> Nach dessen/deren Tod bzw. nach dem Vermögensopfer übernimmt die Privatstiftung nur eine **vermögensverteilende Funktion** für die Begünstigten und ist von diesen jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht nicht zu trennen.<sup>58</sup> Die Hinzu- und Anrechnung folgt dem Vermögen, an dem die Widmung für einen bestimmten Zweck haftet.<sup>59</sup>

§ 780 Abs 1 ordnet an, dass sich Begünstigte die Zuwendung auch dann anrechnen lassen müssen, wenn sie nicht auf direktem Weg, sondern über den Umweg einer letztwillig dotierten Privatstiftung bedacht werden. Die Anrechnung der Zuwendung entfällt nicht, weil sie über eine Stiftung „durchgeschleust“ wird. Die § 781 Abs 2 Z 4 und Z 5 unterwerfen die lebzeitige Vermögenswidmung (Z 4) sowie die daraus herrührende Einräumung einer Begünstigtenstellung (Z 5) der Hinzu- und Anrechnung. Diese Tatbestände haben Vermögen im Visier, das den Begünstigten zu Lebzeiten zugedacht ist und ihnen über die Stiftung zukommen soll. Die Hinzurechnung (als Schenkung) zum Nachlass soll auch greifen, wenn zwischen Geschenkgeber(inne)n und Geschenknehmer(inne)n die Stiftung steht. Die Umgehung von Pflichtteilsansprüchen durch das Zwischenschalten einer Privatstiftung muss ausgeschlossen bleiben. Das Durchschleusen von letztwilligen oder lebzeitigen Zu-

wendungen über eine Stiftung darf die Verfolgung von Ansprüchen weder theoretisch noch praktisch erschweren.

Die meisten Probleme im Kontext der Stiftung lassen sich leicht klären, wenn man sich wie in der jüngeren Rsp zur nachehelichen Aufteilung die Frage stellt, wie der Vermögensfluss zu (Letzt-)Begünstigten rechtlich zu behandeln wäre, wenn man die **Stiftung „wegdenkt“**.<sup>60</sup> Betrachtet man nur das Verhältnis von Erblässer(inne)n zu den Zuwendungsempfänger(inne)n, lässt sich die todeswegige Stiftungsbegünstigung gem 780 Abs 1 von jener nach Z 5 einfach abgrenzen. Die Begünstigung von Todes wegen wurzelt in der letztwilligen (um die stiftungsrechtliche Widmung ergänzten) Dotierung. Wäre die Form eines schlichten Testaments gewählt worden, wäre das Vermögen auch noch im Nachlass vorhanden. Die Einräumung einer Begünstigtenstellung nach Z 5, auch wenn sie erst mit dem Ableben des Stifters/der Stifterin aktuell wird, basiert auf der lebzeitigen Stiftungserklärung. Das Vermögen fehlt nach dem Stiftungsakt im Nachlass so als ob es auf gewöhnlichem Weg verschenkt worden wäre. Der mangelnde Hinweis auf die notwendige Vermögenswidmung vom/von der Verstorbenen in § 780 Abs 1 irritiert nicht, weil im Vergleich mit einer schlichten (direkten) letztwilligen Verfügung nur Zuwendungen von diesem/dieser denkmöglich sind. Schaut man durch die Stiftung durch, ist es auch irrelevant, ob es sich um eine österreichische Privatstiftung iSd PSG, eine gemeinnützige Stiftung, eine ausländische Stiftung oder um eine vergleichbare Vermögensmasse handelt. Selbstredend verdoppelt sich das Vermögen nicht durch den Einsatz einer Privatstiftung. Erhalten Begünstigte die Zuwendung über eine Stiftung von Todes wegen, ist die entsprechende Dotierung der Stiftung gem § 764 Abs 2 zu kürzen. Schließlich löst sich die Streitfrage der Anwendung des § 784 erster Fall (Schenkungen ohne Schmälerung des Stammvermögens) auf eine nicht verzehrende Privatstiftung<sup>61</sup> von selbst. Ob Stifter:innen aus dem laufenden Einkommen schenken oder die Privatstiftung nicht mehr als die Erträge zuwendet, macht keinen Unterschied. Nach ihrer Ratio greift die Ausnahme auch bei der Stiftung.

Trust (Living Trust) wäre im System des § 781 Abs 2 von Z 6 erfasst.

<sup>54</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33; Arnold, PSG<sup>4</sup> Einl Rz 24; Zöchling-Jud, ZFS 2017, 162 (169ff).

<sup>55</sup> Zollner/Pitscheider, PSR 2016, 8 (18).

<sup>56</sup> Umlauf, Hinzu- und Anrechnung 148.

<sup>57</sup> Umlauf, Hinzu- und Anrechnung 182; Zöchling-Jud, Die Bewertung von gestiftetem Vermögen bei der Schenkungsanrechnung, in FS Torggler (2013) 1413 (1419).

<sup>58</sup> Insofern kommt ihr die Stellung einer Treuhänderin zu (Limberg, Privatstiftung und Erbrecht 63). Vgl die Einbeziehung der Begünstigten in die Definition des wirtschaftlichen Eigentümers in § 2 Z 3a) bb) WiEReG.

<sup>59</sup> Zur gemischtnützigen Privatstiftung Arnold, PSG<sup>4</sup> Einl Rz 23.

<sup>60</sup> OGH 2. 3. 2021, 1 Ob 14/21 x (Rz 55) EF-Z 2021, 173 (Oberhuber). Diesem Gedanken folgen auch Zöchling-Jud (ZFS 2017, 162 [173]; in FS Schauer 649 [663]) und Umlauf (Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – eine Replik auf Zöchling-Jud, NZ 2023, 595 [600]), wenn sie bei der Hinzurechnung der Vermögenswidmung eine von der Hinzurechnung ausgenommene (§ 782) oder befreite (§ 784) Begünstigung (Z 5) abziehen; ebenso Arnold (PSG<sup>4</sup> Einl Rz 23) zur teilweisen Hinzurechnung der Vermögenswidmung an eine Privatstiftung, die privat- und gemeinnützigen Zwecken dient.

<sup>61</sup> Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (338); zur Diskussion s Zöchling-Jud, ZFS 2017, 162 (174f).

## 2. Bewertung der Begünstigtenstellung

Die Anrechnung einer Begünstigtenstellung, die Pflichtteilsberechtigte letztwillig („als Begünstigter“ – § 780 Abs 1) erhalten, oder ihre Hinzu- und Anrechnung als Schenkung („durch Einräumung der Stellung als Begünstigter“<sup>62</sup> – § 781 Abs 2 Z 5) erfordert eine **Bewertung**. Die Begünstigung kann in einmaligen oder mehreren monetären oder nichtmonetären Zuwendungen bestehen. Zeitpunkt, Art und Höhe können schon in der Stiftungserklärung bestimmt oder zumindest bestimmbar fixiert oder dem (freien oder durch gewisse Vorgaben gebundenen) Ermessen des Stiftungsvorstandes anheimgestellt sein. Die Begünstigten müssen nicht in der Stiftungserklärung bezeichnet sein. Ihre Feststellung können die Stifter:innen einer bestimmten Stelle, sonst dem Stiftungsvorstand überlassen (§ 5, § 9 Abs 1 Z 3 PSG). Begünstigte, die in Form von Stifterrechten, Bestellungs-, Abberufungs- oder sonstigen Mitwirkungskompetenzen Kontrolle oder Einfluss auf den Vorstand und die Zuwendungsscheidungen ausüben können, haben mehr zu erwarten. Das jeweilige Amtsverständnis der Mitglieder des Stiftungsvorstands, die verfolgte Veranlagungspolitik und das Veranlagungsgeschick wirken sich ebenfalls auf die Zuwendungen aus. Nicht zuletzt kommt es auf die Lebenserwartung an. Wertmäßig quantifizieren lässt sich jedenfalls nur der abgezinste **Barwert prognostizierter Zuflüsse** zum maßgeblichen Stichtag, dh zum Todestag für die letztwillige Zuwendung (§ 780 Abs 2). Für die lebzeitig eingeräumte Begünstigung (Z 5) kann bis zum Tod nur von den tatsächlichen Ausschüttungen ausgegangen werden (s weiter unten), ansonsten ist auch hier eine Zuwendungsprognose zum Zeitpunkt des Vermögensopfers (§ 788 S 1) anzustellen.<sup>63</sup> Mit Bedacht auf die beschriebenen Unsicherheiten stellt sich die schwierige Frage, auf welcher Basis Zeitpunkt und Höhe künftiger Zuwendungen im Bewertungsprozess unterstellt werden können. Ein Teil der Lehre verlangt Klagbarkeit.<sup>64</sup> Die Gesetzesmaterialien führen kryptisch aus, dass darüber hinaus auch Begünstigungsstellungen, „bei de-

nen nur die Modalitäten der Ausschüttung im Ermessen des Vorstands stehen“, bewertungsmäßig erfasst werden können.<sup>65</sup> Die überwiegende Lehre hält folglich nicht nur klagbare Begünstigungen für ausreichend „griffig“ und bewertbar, sondern auch Ausschüttungen, mit denen Begünstigte auf Grundlage des in der Stiftungserklärung ausgedrückten Stifterwillens zu rechnen haben<sup>66</sup>, wobei die Höhe vom **Grad der Wahrscheinlichkeit** abhängen soll und auch gegen null gehen kann.<sup>67</sup> Die Erläuterungen betonen, dass besondere Einflussrechte, die Begünstigten in der Stiftung zukommen, und mit denen sie die Zuwendungspolitik zumindest mittelbar steuern können<sup>68</sup>, die Werthaltigkeit ihrer Begünstigung stärken.<sup>69</sup> Mit diesen vagen Vorgaben ist der Praxis nicht geholfen.<sup>70</sup> Der OGH hatte noch keine Gelegenheit, sich zur Bewertung einer Begünstigtenstellung zu äußern. Sie wird Gerichten und beigezogenen Gerichtssachverständigen noch einiges an Kopfzerbrechen bereiten. Für zusätzliche Verunsicherung sorgt die im Schrifttum vertretene Meinung, dass sich eine hinzu- und anrechnungsrelevante Begünstigung auf den Willen des Stifters/der Stifterin zurückführen lassen müsse. Freies Ermessen bei der Zuwendungsscheidung schließe die erforderliche Zurechnung eines Geschenkgeber:innenwillens bei dem/der Verstorbenen aus.<sup>71</sup> Folgt man dieser Ansicht konsequent, könnte sich ausschließlich zugunsten von Pflichtteilsberechtigten gestiftetes Vermögen im freien Ermessen der zur Begünstigtenfeststellung berufenen Stelle ins Nichts auflösen.<sup>72</sup>

<sup>62</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33.

<sup>63</sup> Zollner/Pitscheider, PSR 2016, 8 (11f).

<sup>64</sup> Schauer in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 193 (205).

<sup>65</sup> In vielen Stiftungen gibt es Begünstigte „erster“ und „zweiter Klasse“. Das Gesetz unterscheidet aber nicht zwischen verschiedenen Typen von Begünstigten. Eine sachgerechte Anwendung der Z 5 hat entsprechend den Gesetzesmaterialien zu differenzieren (Zollner/Pitscheider, PSR 2016, 8 [11]).

<sup>66</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33. Arnold, GesRZ 2015, 346 (351 f). In Verbindung mit starken Stifterrechten wird Gegenstand der Bewertung nicht die bloße Begünstigtenstellung sein, sondern eine vermögenswerte Rechtsposition, die sich von einer schlichten Begünstigung unterscheidet und den Tatbestand der Z 6 erfüllt (s dazu unten unter Punkt 5.). Hügel/Aschauer (Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung, in Barth/Pesendorfer [Hrsg], Praxishandbuch des neuen Erbrechts 227 [260f]) wollen aus den Materialien ableiten, dass der Gesetzgeber aus Sicht der Bewertung die Stellung von Begünstigten der von Minderheitsgesellschaftern angenähert habe. Eher trifft das Gegenteil zu. Die Erläuterungen unterstreichen die Bedeutung von Kontrollmacht bei der Wertbestimmung, die Minderheitsgesellschafter(inne)n typischerweise nicht zukommt (s dazu die Kritik von Umlauft, Hinzu- und Anrechnung 190f).

<sup>67</sup> Auf den Punkt gebracht hat es Reich-Rohrwig: „Zu berechnen, was er künftig aus der Stiftung noch erhalten wird, ist wie Kaffeesudlesen. Das delphische Orakel wäre genauer.“, Die Presse, 7. 10. 2015.

<sup>71</sup> Zollner/Pitscheider, PSR 2016, 8 (10); Klampfl, JEV 2015, 120 (128f); aA Zöchl-Jud, ZFS 2017, 162 (173).

<sup>72</sup> Limberg, Privatstiftung und Erbrecht 58f.

<sup>62</sup> Die unterschiedliche Formulierung hat nichts zu bedeuten.

<sup>63</sup> Das Vermögensopfer für eine Begünstigung ist erbracht, wenn sie der Stifter/die Stifterin nicht mehr entziehen kann (Umlauft, Hinzu- und Anrechnung 179f; derselbe, NZ 2023, 600 FN 47); Arnold, GesRZ 2015, 346 (353); Musger in KBB<sup>7</sup> § 788 Rz 7ff; anders Zollner/Pitscheider (PSR 2016, 8 [14]), die auf die endgültige Vermögenswidmung an die Stiftung abstellen, was Umgehungsstrategien erleichtern würde und abzulehnen ist. Bei eingeschränktem Änderungsvorbehalt wird die Begünstigung auch noch entzogen werden können, wenn die Vermögenswidmung an die Privatstiftung bereits abgeschlossen ist.

<sup>64</sup> Umlauft, Hinzu- und Anrechnung 177. Die Begünstigung muss durchsetzbar sein (ebenso Klampfl, JEV 2015, 120 [130f]). Fraglich bleibt, ob eine Begünstigung auch dann noch hinreichend bewertungsfest ist, wenn sie nur mittelbar über einen Antrag auf Abberufung von Stiftungsorganen (§ 27 Abs 2 PSG) erzwungen werden könnte (zur Partiestellung von Begünstigten: OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 196/22 z GesRZ 2023, 414 [Leitner-Bommer/Salo]; Arnold, PSG<sup>4</sup> § 27 Rz 29).

Unschärfen oder Fehler in der Bewertung dürfen nicht dazu führen, dass Vermögen bei der Hinzurechnung „unter den Tisch“ fällt oder den Pflichtteilsberechtigten etwas angerechnet wird, was sie nicht erhalten.<sup>73</sup> Die sachgerechte Zuordnung der Risiken aus **fehlender Gewissheit**, was den Begünstigten an Vermögen in welcher Höhe und zu welchem Zeitpunkt am Ende zufließen wird, besorgt die **Beweislast** (s dazu oben unter Punkt C.). Für die verkürzten **Pflichtteilsberechtigten** muss der Nachweis des Gesamtwerts des mit einer bestimmten Widmung gestifteten und insofern jedenfalls **hinzurechnungsverfangenen Vermögens** genügen (s dazu unten unter Punkt 3. und 4). Der Mühe, die **Begünstigtenstellung** für Zwecke der anspruchsmindernen **Anrechnung** in einem bestimmten Geldbetrag auszudrücken, haben sich hingegen die **Pflichtteilschuldner:innen** zu unterziehen, die dafür beweispflichtig sind. Geht man mit *Umlauf* davon aus, dass die anrechnungsbedingte Geschenknehmerhaftung in Bezug auf die Begünstigtenstellung gem § 781 Abs 2 Z 5 im gestifteten Vermögen (Z 4), aus dem sie gespeist wird, aufgeht, und bejaht man die **Passivlegitimation** der **Privatstiftung** in allen Szenarien, erübrigt sich für Kläger:innen die Inanspruchnahme mehrerer Begünstigter aus der Geschenknehmerhaftung und die offene Bestimmung ihrer Anteile (s dazu unten unter Punkt 6.).

Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, ob die Begünstigung nach Z 5<sup>74</sup> für die Zeit **bis zum Tod** ex post nach den **tatsächlich erfolgten Ausschüttungen** (mit den jeweils zum Ableben indexierten Beträgen)<sup>75</sup> oder ex ante (abgezinster Barwert der Rechtsstellung nach zu erwartenden Zuwendungen zum Tag der unwiderruflichen Einräumung bzw des Vermögensopfers, aufgewertet zum Tod)<sup>76</sup> beziffert wird. Sind die Begünstigungen erzwingbar ausgestaltet, führen beide Methoden mehr oder weniger (abgesehen von Abschlägen für das Durchsetzungsrisiko) zum selben Ergebnis. Bei Begünstigungen mit Ermessensspielraum können nur geflossene Ausschüttungen Berücksichtigung finden. Ansonsten könnte eine ex ante operierende Evaluierung tatsächlich erhältene Zuwendungen ex post auf- oder ab-

<sup>73</sup> Kogler, NZ 2021, 301 (302).

<sup>74</sup> Bei der Begünstigung von Todes wegen (§ 780 Abs 1) stellt sich diese Frage nicht.

<sup>75</sup> So die ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33; Arnold, GesRZ 2015, 346 (353) unabhängig vom Zeitpunkt der Erbringung des Vermögensopfers gegenüber der Privatstiftung; Schauer in Barth/Pessendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 193 (205); Zöchling-Jud/Zollner in Artmann/Rüffler/Torggler (Hrsg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht 41 (55); Musger in KBB<sup>7</sup> § 788 Rz 9 für den Fall des zum Tod aufgeschobenen Vermögensopfers; ähnlich Klampf, JEV 2015, 120 (130) für die bis zum Bewertungsstichtag (Vermögensopfer) erfolgten Zuwendungen.

<sup>76</sup> Zuletzt Zöchling-Jud in FS Schauer 649 (653); vgl Zöchling-Jud, ZFS 2017, 162 (168 f); Musger in KBB<sup>7</sup> § 788 Rz 9 für umfassende Bewertung der Begünstigtenstellung bei lebzeitig erbrachtem Vermögensopfer.

werten. Daher wird auch eine Ex-ante-Bewertung konkretes Wissen über die tatsächliche Ausschüttungspraxis nicht ausblenden dürfen.<sup>77</sup> Tatsächliche Zuwendungen bis zum Tod sind immer zu berücksichtigen.

### 3. Hinzu- und Anrechnungstatbestände der § 781 Abs 2 Z 4 und Z 5 in Konkurrenz

Tritt zwischen Erblasser:innen und Geschenknehmer:innen eine Privatstiftung, wird das Vermögen im ersten Schritt der Stiftung mit einem bestimmten Zweck gewidmet (Z 4) und in der Folge den Begünstigten zugewendet (Z 5). **Rechtliche Eigentümerin** des noch nicht ausgeschütteten Vermögens ist die Stiftung. Soweit Begünstigten Stiftungsvermögen zugeschlagen ist, nähert sich ihre Stellung der von **wirtschaftlich Berechtigten**. Das Vermögen wird durch die Stiftung nicht vermehrt. Es kommt nur zur Trennung von rechtlichem Eigentum und wirtschaftlich Berechtigten. Die Widmung an die Privatstiftung (Z 4) und die Begünstigung (Z 5) sind verschiedene Seiten **ein und derselben Zuwendung**<sup>78</sup> und können nicht mehrfach berücksichtigt werden. Der diesbezügliche Hinweis in den Gesetzesmaterialien<sup>79</sup> erweist sich als überflüssig.

Es stellt sich nur die Frage nach dem rechten Verhältnis der Hinzurechnungsfälle der Z 4 und Z 5 unter dem Blickwinkel der Vermeidung einer sinnwidrigen Vergrößerung der Bemessungsgrundlage. Kletečka<sup>80</sup> deutet die Materialien zutreffend als Hinweis des Gesetzgebers auf eine naheliegende Subsidiarität der Hinzurechnung der Begünstigung (Z 5) gegenüber der Vermögenswidmung (Z 4) für den Fall, dass diese nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist nach erbrachtem Vermögensopfer nicht mehr möglich ist. Andernfalls könnte es nach Kletečka im Belieben der Begünstigten stehen, ob sie entweder die Hinzurechnung der Vermögenswidmung oder der Begünstigung begehren. Nach *Umlauf*<sup>81</sup> können die Begünstigten vorrangig bzw **wahlweise** die Hinzurechnung des **gestifteten Vermögens** (Z 4) verlangen, wofür er hauptsächlich **verfahrensökonomische Gründe** und die einfachere Durchsetzung des Anspruchs ins Treffen führt, sohin den dem Pflichtteilsrecht innewohnenden Schutzgedanken (zu den Schwierigkeiten und Unsicherheitsfaktoren s oben unter Punkt 2.). Haben Begünstigte auf eigene Pflichtteils-

<sup>77</sup> Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 762 Rz 31.

<sup>78</sup> Zöchling-Jud/Zollner in Artmann/Rüffler/Torggler (Hrsg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht 41 (58).

<sup>79</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33.

<sup>80</sup> In Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht 89 (101); abw Rabl, NZ 2015, 321 (338).

<sup>81</sup> Hinzu- und Anrechnung 155ff; derselbe in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 781 Rz 15; derselbe, NZ 2023, 595 (597 ff); ähnlich Oberhummer in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> Rz 15.31 mit dem Hinweis darauf, dass sich Begünstigtenstellung aus der Vermögenswidmung speist.

ansprüche verzichtet oder sehen sie aus anderen Gründen von deren Geltendmachung ab (zB weil ihr Pflichtteil durch die Begünstigung vollständig gedeckt ist oder weil sie Erb[inn]en sind), wäre die Hinzurechnung ihrer Begünstigung zur Berechnung des Pflichtteils anderer Noterb[inn]en aus der Sicht von *Umlauft* nichts weiter als eine reine Schikane. Dennoch wird von einem Teil der Lehre<sup>82</sup> die **Ratio der Z 4 und Z 5** (Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor Verkürzung) als **Schranke** der Vermeidung einer doppelten Hinzurechnung so verstanden, dass, wenn das Vermögensopfer für den Stiftungsakt nicht länger als zwei Jahre vom Tod zurückliegt, **zwingend** sowohl die Vermögenswidmung (Z 4) als auch die **Begünstigtenstellung** (Z 5) hinzugerechnet werden muss, wobei der Wert der Begünstigtenstellung vom Wert der Vermögenswidmung abzuziehen ist („**Abzugsmodell**“). Was das bedeutet, sei anhand des folgenden Beispiels demonstriert:

Die verwitwete Erblasserin (E) hinterlässt drei Kinder (K). Sie hat vor mehr als zwei Jahren unter Vorbehalt eines Widerrufsrechts eine Stiftung errichtet und dieser 2 Mio mit der Bestimmung gewidmet, dass K 1 und K 2 nach Erlangung eines akademischen Grades jeweils 250.000 sowie bei Gründung einer Familie jeweils weitere 250.000 erhalten. Im Übrigen sind K 1 und K 2 die zur Deckung des gewohnten Lebensstandards benötigten Unterstützungen zu gewähren. Letztbegünstigt ist eine gemeinnützige Organisation. Die Verlassenschaft ist vermögenslos. K 1 und K 2 werden ihr Studium voraussichtlich planmäßig abschließen und leben seit Jahren in stabilen Partnerschaften.

Nach der Ansicht von *Umlauft* kann K 3 von der Stiftung seinen Pflichtteil (1/6) jedenfalls von 2 Mio (Hinzurechnung des gestifteten Vermögens) verlangen. Folgt man der anderen Meinung, müsste K 3 zur Berechnung seiner Ansprüche auch den Wert der K 1 und K 2 zugeschriebenen Begünstigungen nach der Wahrscheinlichkeit der Erfüllung der jeweiligen Zuwendungsvoraussetzungen und der Klagbarkeit einschätzen und von der Vermögenswidmung abziehen, was sich nicht exakt prognostizieren und versicherungsmathematisch abbilden lässt. Die ungeschmälerte Hinzurechnung der Vermögenswidmung würde davon abhängen, dass ein Sachverständiger die Begünstigtenstellungen mit null einschätzt. Warum sollte die Durchsetzung der Ansprüche des K 3 an Wahrscheinlichkeiten in der Biographie von K 1 und K 2 und Unsicherheiten im Bewertungsprozess gebunden sein? Und warum darf die Berechnung nicht gleich beim gestifteten Vermögen ansetzen, wenn nach

<sup>82</sup> Zöchl-Jud/Zollner in Artmann/Rüffler/Torggler (Hrsg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht 41 (58f); Zöchl-Jud, ZFS 2017, 162 (171); Arnold, GesRZ 2015, 346 (352); Fidler, PSR 2017, 52 (55ff); Zollner/Hartlieb, PSR 2020, 60 (63f), die bei einer Schenkung von Stifterrechten (Z 6) deren Wert von der Vermögenswidmung (Z 4) abziehen. Klampfl plädiert zwar für das Abzugsmodell (JEV 2015, 120 [132]), führt aber an anderer Stelle im Zusammenhang mit der Ausschüttungssperre des § 17 Abs 2 S 2 PSG aus, dass erst die Ausschüttung von Vermögen an Begünstigte bewirkt, dass die Hinzurechnung nach Z 5 die Hinzurechnung der Vermögenswidmung (Z 4) ablöst (JEV 2015, 120 [127]).

dem Stiftungsplan jedenfalls klar ist, dass es einmal – das Amtieren eines wohlgesinnten Stiftungsvorstands unterstellt – zur Gänze K 1 und K 2 zufallen wird. Die kumulative Ableitung des Pflichtteilsanspruchs aus den Werten der Z 4 und der Z 5 unter gleichzeitiger rechnerischer Korrektur ist weder vom Gesetz gefordert noch zur Wahrung des Gesetzeszwecks (Vermeidung einer überschießenden Erhöhung der Bemessungsgrundlage) geboten.

Zöchl-Jud widerspricht sich selbst, wenn sie einerseits begründend ausführt, dass die Vermögenswidmung an die Privatstiftung (Z 4) und die Einräumung der Begünstigtenstellung (Z 5) „zwei verschiedene Zuwendungen“ seien<sup>83</sup> und andererseits zum Abzug der Begünstigtenstellung an anderer Stelle Folgendes vermerkt: „Ein und derselbe Vermögenswert darf nur einmal hinzugerechnet werden.“<sup>84</sup> Die Befürworter:innen des Abzugsmodells gehen selbst davon aus, dass beide Tatbestände, soweit bewertungsrelevant, **dieselbe Zuwendung**<sup>85</sup> zum Gegenstand haben. Auch soweit Zöchl-Jud von der Vermögenswidmung (noch auf Stiftungsebene) – indem sie durch die Stiftung durchblickt – die nicht hinzurechnungspflichtigen Begünstigungen abzieht<sup>86</sup>, betrachtet sie die Z 4 und Z 5 nicht isoliert, sondern als unterschiedlich vertypete Formen derselben Zuwendung. Der Abzug wäre zu hinterfragen, wenn Z 4 einen gegenüber Z 5 eigenständigen Zuwendungstatbestand darstellen würde, der eine Hinzurechnung unabhängig davon auslöst, was mit dem gewidmeten Vermögen am Ende geschieht.

Welser<sup>87</sup> sieht das Zusammenspiel von Z 4 und Z 5 wie *Umlauft* und geht vorrangig von der Hinzurechnung der Vermögenswidmung aus, weil er dem Wert der Begünstigtenstellung nur soweit Relevanz als Schenkung beimisst, als dieser den Wert der Vermögenswidmung übersteigt. Ist der Wert der Begünstigtenstellung niedriger als die Vermögenswidmung, sind weitere Berechnungen nach Welser hinfällig. Richtig ist zwar, dass im Ministerialentwurf die Hinzurechnung einer Begünstigtenstellung unter den Vorbehalt „soweit der Wert der Vermögenswidmung nicht hinzuzurechnen ist“<sup>88</sup> gesetzt war und diese Einschränkung in das ErbRÄG 2015 nicht übernommen wurde. Aus dem Unterbleiben

<sup>83</sup> In FS Schauer 649 (653).

<sup>84</sup> ZFS 2017, 162 (171).

<sup>85</sup> So ausdrücklich Zöchl-Jud/Zollner (in Artmann/Rüffler/Torggler [Hrsg], Gesellschaftsrecht und Erbrecht 41 [58]), wo in Bezug auf Vermögenswidmung und Begünstigtenstellung von „ein und derselben Zuwendung des Verstorbenen“ die Rede ist.

<sup>86</sup> In FS Schauer 649 (663).

<sup>87</sup> Welser, Erbrechts-Kommentar § 781 Rz 36; ebenso geht Oberhummer (in Ferrari/Likar-Peer [Hrsg], Erbrecht<sup>2</sup> Rz 15.31) in seinen Beispielen davon aus, dass primär das Stiftungsvermögen heranzuziehen ist, soweit es noch nicht ausgeschüttet wurde oder der Begünstigtenstellung kein höherer Wert zukommt.

<sup>88</sup> § 781 Abs 2 Z 4 100/ME 25. GP.

einer ausdrücklich angeordneten **Subsidiarität** der Z 5 folgt aber nicht notwendigerweise die Anordnung, dass nach beiden Tatbeständen zugleich hinzugerechnet werden muss. Es geht darum, die überschießenden (weil überlappenden) Anwendungsbereiche von zwei (konkurrierenden) Bestimmungen teleologisch einzuschränken, um den Zielsetzungen des Pflichtteilsrechts zu entsprechen. Das lässt sich leichter (dh ohne den beschwerlichen Umweg über eine doppelte Hinzurechnung und deren gleichzeitige rechnerische Korrektur) erreichen, wenn es den Pflichtteilsberechtigten überlassen bleibt, für welche Möglichkeit sie sich entscheiden.<sup>89</sup> Außerdem können **Letztbegünstigungen** ebenso unter Z 5 fallen.<sup>90</sup> Rechnerisch muss der Wert der Begünstigungen und Letztbegünstigungen immer dem Wert des gewidmeten Vermögens entsprechen, abgesehen von der Abzinsung und Abschlägen für in der Prognoserechnung berücksichtigte Unsicherheiten. Das Abzugsmodell läuft darauf hinaus, dass zum überwiegenden Teil nach Z 5 hinzugerechnet wird und für die Z 4 ein untergeordneter Anwendungsbereich verbleibt. Das Gesetz sieht zwar keine Nachrangigkeit der Z 5 vor, aber auch keinen Vorrang.

Jede Anrechnung ist an eine Hinzurechnung geknüpft,<sup>91</sup> jedoch nur relativ, nicht objektiv. Die Geltendmachung der **Anrechnung** der Begünstigtenstellung (Z 5) iVm § 783 gegenüber Pflichtteilsberechtigten bleibt Pflichtteilsschuldner(n) oder beitragspflichtigen Vermächtnisnehmer(inne)n **nicht versperrt**, weil andere Noterbinnen nur den entsprechenden Wert der Vermögenswidmung hinzurechnen. Jedenfalls im neuen Erbrecht wirkt das Hinzu- und Anrechnungsbegehren schon materiellrechtlich nur relativ zwischen Schuldner(inne)n und Gläubiger(inne)n und nicht objektiv. Es kommt ihm **keine „Allseitswirkung“** zu.<sup>92</sup> Hinzu- und Anrechnung sind in Prozessen mit verschiedenen Parteien nicht miteinander verknüpft (**keine Rechtskraftwirkung** – s oben unter Punkt C.). Den durch die Hinzurechnung nach Z 4 auf Verlangen von Pflichtteilsberechtigten belasteten Pflichtteilsschuldner(inne)n bleibt es nicht ver-

<sup>89</sup> Umlauf, NZ 2023, 595 (597 ff). Im Fall echter Anspruchskonkurrenz steht es auch im Belieben der Rechtsinhaber:innen, auf welchen Rechtsbehelf sie sich stützen.

<sup>90</sup> K. Müller/Melzer, Pflichtteilsrecht und Letztbegünstigtenstellung, JEV 2017, 4 (6 f); Arnold, GesRZ 2015, 346 (351).

<sup>91</sup> Zöchlind-Jud in FS Schauer 649 (657 f). Bei Pflichtteilsberechtigten, die auf ihren Anspruch verzichtet haben, wird nichts hinzu- und angerechnet. Hinzurechnungsrechte anderer Noterbinnen bleiben vom Verzicht unberührt (Musger in KBB<sup>7</sup> §§ 782–783 Rz 9).

<sup>92</sup> Rabl in FS Bittner 471 (478). Die Frage der objektiven Wirkung war im alten Recht strittig. Gem § 787 Abs 2 ABGB af blieb (anders als nach § 787 Abs 2) die Anrechnung eigener Schenkungen auf die aus dem Anrechnungsbegehren resultierende Anspruchserhöhung (den sog Schenkungspflichtteil) beschränkt. Ob die gleichzeitige Hinzurechnung von Vermögenswidmung und Begünstigtenstellung im System des alten Rechts zwingend gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben (dazu Umlauf, Hinzu- und Anrechnung 155).

wehrt, anderen Pflichtteilsberechtigten den in derselben Vermögenswidmung steckenden Wert der Begünstigung nach Z 5 entgegenzuhalten. Die alleinige Hinzurechnung der Vermögenswidmung ist gerade deshalb gerechtfertigt, weil sie die Quelle anzurechnender Zuwendungen darstellt.<sup>93</sup>

Geht es um die Anrechnung bei dem/der die Hinzurechnung verlangenden Pflichtteilberechtigten, würde die **verfehlte teleologische Reduktion** der Z 4 und Z 5 im Sinne der hier kritisierten Ansicht darüber hinaus zu einer nicht gerechtfertigten **Beweislastumkehr** führen. Voraussetzung für eine schlüssige Klage wäre, dass der/die Pflichtteilsberechtigte auch die ihm/ihr gewährte Begünstigung (dh einen anspruchsmindernden Umstand) behauptet und dartut. Das widerspricht der Beweislastverteilung (s dazu oben unter Punkt C.). Bringen Pflichtteilsberechtigte zur Anrechnung nichts vor, darf das die Klage nicht mit Unschlüssigkeit belasten. Es kann nur der anspruchsmindernde Einwand der Anrechnung drohen. Ob Stiftung und Begünstigte zur effektiven Durchsetzung objektiver Wirkungen von Hinzu- und Anrechnung als materielle Streitgenoss(innen) (§ 11 Z 1 ZPO) gemeinsam (§ 93 JN) geklagt werden können, ist in der Lehre im Übrigen strittig und wurde vom Höchstgericht noch nicht erklärt.<sup>94</sup>

Zusammenfassend steht es den Hinzurechnungsberechtigten frei, ob sie für die Berechnung entweder nur das **Stiftungsvermögen** oder nur die **Begünstigtenstellungen** oder **sowohl das um die Begünstigtenstellungen verminderte Stiftungsvermögen als auch die Begünstigtenstellungen** heranziehen.

#### 4. Hinzu- und Anrechnung nach § 781 Abs 2 Z 5

Kommt als Gegenstand der Hinzurechnung nur die Einräumung von Begünstigtenstellungen in Betracht, weil das Vermögensopfer für den Stiftungsakt früher als zwei Jahre vor dem Tod erbracht wurde, wird sich die Bewertung trotzdem am gestifteten Vermögen orientieren können. Die Stiftung (s oben unter Punkt 1.) ist nichts weiter als ein formales Vehikel für einen schon „kanalisierten“ **Vermögensfluss**.<sup>95</sup> Sie reicht die Begünstigungen nur durch, sodass für die Bewertung der Begünstigtenstellung der Blick auf das **Stiftungsvermögen genügt**. Unabhängig vom Verdacht einer Umgehungskonstruktion oder eines Rechtsformmissbrauchs lässt sich das aus der Treuhandfunktion der Privatstiftung ableiten. Umlauf zieht zudem einen Vergleich zur pflichtteilsrechtlichen Behandlung von **Besitznachfolgerech-**

<sup>93</sup> Oberhummer in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> Rz 15.31.

<sup>94</sup> Bejahung mehrerer haftender Geschenknehmer:innen als materielle Streitgenoss(innen): OLG Graz 13. 5. 2024, 7 R 72/23x NZ 2024, 575 (krit Naderer).

<sup>95</sup> Umlauf, Hinzu- und Anrechnung 182; derselbe, NZ 2023, 595 (599).

ten bei Cohen<sup>96</sup>, die mit wirtschaftlichen Argumenten zur Bewertung vorschlägt, den/die erste/n Geschenknehmer:in und den/die Besitznachfolger:in als eine:n Geschenknehmer:in zu betrachten und vom Wert der Liegenschaft ohne Nachfolgrecht auszugehen. Dieser Gedanke lässt sich eins zu eins auf die **Stiftung übertragen** (s dazu oben unter Punkt 1.).

Ob man argumentiert, dass die unbefristete Hinzurechnungspflicht bei den abstrakt pflichtteilsberechtigten Begünstigten auf die Stiftung durchschlägt oder zur Ableitung des Werts der Begünstigungen aus dem Stiftungsvermögen führt<sup>97</sup>, ist eine akademische Frage und läuft auf das Gleiche hinaus. Unterschiede in den Werten für einzelne hinzurechnungspflichtige Begünstigte wirken sich jedenfalls nicht auf die Höhe des Anspruchs insgesamt aus. Nach der hier vertretenen Ansicht ist für die Ausfallshaftung (§ 789) die Stiftung passiv legitimiert. Wertrelationen auf Begünstigenebene spielen damit keine Rolle (s dazu unten unter Punkt 6.). Relevant für die Bewertung ist der Stichtag, ab dem die Begünstigung nicht mehr entzogen werden kann.<sup>98</sup> In den meisten Fällen wird dieser ohnehin für alle Begünstigten mit dem Vermögensopfer des Stiftungsakts zusammentreffen.

Die von der Rsp<sup>99</sup> angenommene **Irrelevanz faktischer Einflussmöglichkeiten** (zB bedingt durch familiäre Beziehungen, nicht hinterfragte Autorität des „Familienoberhauptes“ oder mögliche Drohungen mit dem Entzug weiterer Zuwendungen etc) für das Vermögensopfer eröffnet **Planungsspielraum**. Würde man die Vermögenswidmung bei der Hinzurechnung ausblenden und ließe sich das Vermögen auf der anderen Seite einzelnen Begünstigten nicht genau zuordnen, wäre der Pflichtteilsanspruch praktisch nicht mehr durchsetzbar. Der Gesetzgeber hat in den Materialien aber klar die Absicht zum Ausdruck gebracht, mit den stiftungsbezogenen Regelungen des ErbRÄG 2015 das rechtliche Instrumentarium gegen ein Vorbeischleusen von Vermögen an der Berechnung zu schärfen.<sup>100</sup> Dieser Intention widerspricht eine Auslegung, die Z 5 als selbstständigen Hinzurechnungstatbestand auffasst, der die Begünstigtenstellung vom Stiftungsvermögen scharf

<sup>96</sup> Drittbegünstigung auf den Todesfall (2016) 321f. Ähnliche Überlegungen finden sich schon bei Limberg (Privatstiftung und Erbrecht 63f).

<sup>97</sup> Umlauf (NZ 2023, 595 [599 f]) rechnet die Begünstigung mit dem Wert der Vermögenswidmung hinzu; krit Zöchling-Jud in FS Schauer 649 (656 FN 40).

<sup>98</sup> Umlauf, NZ 2023, 595 (599 FN 39).

<sup>99</sup> OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a zur alten Rechtslage. Dieser Tendenz stehen allerdings die Ausführungen in den Erläuterungen entgegen, nach denen bei der Bewertung der Begünstigtenstellung faktische Macht- und Einflussverhältnisse sehr wohl zu gewichten sind (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33; Reich-Rohrwig, Erbrecht<sup>2</sup> [2000] 22).

<sup>100</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

trennt und die Berechnungsbasis (beschränkend) einengt.<sup>101</sup> Das würde Gestaltungen zupass kommen, die darauf abzielen, die Vermögenssubstanz schon auf der Bewertungsebene dem Zugriff des Pflichtteilsberechtigten abzugrabten. Im oben unter Punkt 3. angegebenen Beispiel würde K 3 leer ausgehen, wenn E auf das Widerrufsrecht früher als zwei Jahre vor dem Tod verzichtet und die Begünstigungen von K 1 und K 2 mit null bewertet werden, weil über künftige Zuwendungen Unwissheit herrscht.

Die Schlussbemerkung in Rz 8 der Entscheidung OGH 27. 6. 2022, 2 Ob 59/22y<sup>102</sup> liefert möglicherweise einen weiteren Schlüssel für die Zuordnung der Stiftungszuwendung zum gestifteten Vermögen. Der OGH deutete – in Anlehnung an Überlegungen von Kogler<sup>103</sup> – an, dass bereits im Verzicht auf die Ausübung der Stifterrechte (Widerruf [§ 34 PSG] oder Änderung [§ 33 PSG] der Stiftungserklärung) eine pflichtteilsrelevante (dh auch der Bewertung zugängliche) Zuwendung iSd Z 6 an die pflichtteilsberechtigten Begünstigten erblickt werden könnte. Sie bildet gleichermaßen den Wert der Zuwendungen an die Begünstigten ab, vor allem wenn die Zuwendung schon im (durch den Verzicht fixierten) Stiftungsprogramm angelegt ist.

Das Mantra, die Stiftung sei als eine vom Stifter/von der Stifterin oder den Begünstigten verschiedene Person („Dritte“) zu betrachten und nach endgültigem Vermögensopfer und Ablauf von zwei Jahren aus der erbrechtlichen Auseinandersetzung herauszuhalten, erweist sich damit als obsolet. Im Ergebnis wird dieser Schritt vollzogen, wenn man richtigerweise einen **Zuordnungswechsel** bei der **Hinzurechnung** und der daran geknüpften **Haftung verneint**, solange sich das **Vermögen in der Stiftung** befindet (s dazu unten unter Punkt 6.).

## 5. Hinzu- und Anrechnung der Zuwendung einer vermögenswerten Rechtsstellung gem § 781 Abs 2 Z 6 – Mitstifter-Konstruktion

**Stifterrechte** (Widerruf oder Änderung) verschaffen **faktische Kontrolle** über die Führung der Geschäfte der Stiftung (Beteiligungsverwaltung, Verwertung von Stiftungsvermögen etc) und ermöglichen Änderungen bei der Bestimmung von Begünstigten oder Letztbegünstigten sowie das Steuern der Zuwendungsentseheidungen des Vorstands oder der dazu berufenen Stelle. Wem solche Macht verliehen ist, der kann sich das **Vermögen**, in welcher Form auch immer, gegeben-

<sup>101</sup> Zöchling-Jud in FS Schauer 649 (656 ff).

<sup>102</sup> JBI 2022, 736 (Weilguny).

<sup>103</sup> NZ 2021, 301 (304 f). Unterschiede können sich beim Bewertungsstichtag ergeben, wenn ein Entzug der Begünstigung noch möglich ist, obwohl die Stiftung bzw Stiftungserklärung nicht mehr rückgängig gemacht oder geändert werden kann.

nenfalls etappenweise, **zurückholen**.<sup>104</sup> Für die Weitergabe großer Vermögen (meist handelt es sich um Unternehmensträgerstiftungen) übernehmen sog. **Mitstifter-Lösungen** eine wichtige Rolle. Auf diese Weise werden Stifterrechte (gestaffelt) an Mitstifter:innen übertragen, denen die Rechte spätestens nach dem Tod des Erststifters/der Erststifterin zur alleinigen oder gemeinsamen Ausübung zufallen. Wer sich gleich an die Mitwirkung der Mitstifter:innen bindet, trennt sich sofort vom Vermögen (**Beginn der Zwei-Jahres-Frist**).<sup>105</sup> Solche Konstruktionen sind funktional einer **Schenkung auf den Todesfall** ähnlich.<sup>106</sup> Nach dem Ableben des Erststifters/der Erststifterin geht die Kontrolle auf einen oder mehrere überlebende Mitstifter:innen zur alleinigen oder gemeinsamen Ausübung über. Damit fällt ihnen eine **vermögenswerte (Mit-)Stifterstellung** zu, die unter **Z 6** einzuordnen ist.<sup>107</sup> Theoretisch kann das Vermögensopfer durch den Wegfall von Mitstifter(inne) nachträglich wegfallen. Ein solcher vom Willen des Stifters/der Stifterin unabhängiger Wegfall ändert aber nichts am sofortigen Vermögensopfer.<sup>108</sup> Bezugssgröße für die **Bewertung** in diesen Szenarien ist das **Stiftungsvermögen**, soweit es noch nicht ausgeschüttet wurde und vom Stifter/von der Stifterin stammt, dessen/deren Kontrollmacht auf andere Mitstifter:innen übergeht.<sup>109</sup>

Vermögensübergaben durch Mitstifter-Konstruktionen schaffen weit gefächerte Gestaltungsmöglichkeiten, die es erschweren können, die Zuwendenden und Zuwendungsempfänger:innen zu identifizieren, bei der Vermögenswidmung durch mehrere Stifter:innen eine Unentgeltlichkeit oder Gegenleistung auszumachen oder den Bewertungstichtag zu fixieren. Das stärkere Band zum Stiftungsvermögen erleichtert hingegen die Bewertung. Die Rechte sind **pfändbar**<sup>110</sup> und erlauben den **Zugriff auf das Stiftungsvermögen**. Einer Mehrheit von bedachten Rechteinhaber(inne)n wird das Vermögen nach Köpfen zuzurechnen sein. Unklar bleibt die Bestimmung des Bewertungstichtags iSd § 788, wenn

<sup>104</sup> OGH 15. 10. 2024, 2 Ob 66/24 f (Rz 53); 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a.

<sup>105</sup> OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a zum alten Recht; Zollner/Hartlieb, PSR 2020, 60 (63f).

<sup>106</sup> Zollner/Hartlieb, PSR 2020, 60 (67 ff).

<sup>107</sup> Zollner/Hartlieb, PSR 2020, 60 (63 f).

<sup>108</sup> OGH 21. 11. 2023, 2 Ob 210/23 f JBI 2024, 244 (Holzner) – zum Vermögensopfer trotz Vereinbarung eines Rückfallrechts beim Vortod des Geschenknehmers. Das von Zollner/Hartlieb (PSR 2020, 60 [66ff]) genannte Beispiel des nur für die Phase der werbenden Stiftung vorbehaltenen Widerrufs- und Änderungsrechts, deren Eintragung durch Liegenlassen der Stiftungserklärung im Safe aufgeschoben bleibt, ist anders zu lösen. In diesem Fall wurde das Vermögensopfer nie erbracht. Um solche Manipulationen auszuschließen, wird bei der Liegenschaftsschenkung auf das Einlangen des Grundbuchsgesuchs abgestellt (OGH 28. 9. 2021, 2 Ob 111/21 v [Rz 27]; 24. 6. 2021, 2 Ob 119/20 v [Rz 41] JBI 2022, 304 [Kogler]).

<sup>109</sup> Zollner/Hartlieb, PSR 2020, 60 (67).

<sup>110</sup> RS0120752; OGH 14. 7. 2011, 3 Ob 177/10 s PSR 2011, 183 (Rassi/Zollner).

das Vermögensopfer und der Anfall des Rechts auseinanderfallen. Die zum alten Recht (§ 794 ABGB aF) eingangene Entscheidung 2 Ob 98/17 a erkannte nach dem Vermögensopfer, für Zollner/Hartlieb<sup>111</sup> gilt analog zur Schenkung auf den Todesfall der Todestag.

## 6. Geschenknehmerhaftung und Passivlegitimation

Nach den grundlegenden Wertungen darf der Pflichtteil durch Verfügungen unter Lebenden nicht geschmälert werden. Die Geschenknehmerhaftung stellt darüber hinaus in Form einer **Sachhaftung** des Geschenks<sup>112</sup> sicher, dass dieses als Haftungsfonds den Pflichtteilsberechtigten nicht verloren geht. Soweit die Verlassenschaft nicht ausreicht, wandert die Verpflichtung mit dem verschenkten Vermögen (anteilig) zu den Geschenknehmer(inne)n (§ 789). § 790 Abs 1 schützt die Pflichtteilsberechtigten vor unredlichen Eingriffen in den Haftungsfonds. Nur wenn die Geschenknehmer:innen aufgrund eigenen Verschuldens<sup>113</sup> den Besitz an der Sache verlieren oder ihren Wert einbüßen, haften sie (betragsmäßig beschränkt) persönlich. Die Auslegung, dass mit Einführung der anteiligen Haftung das Risiko einer Haftungsbefreiung gem § 790 Abs 1 (bei redlicher Weitergabe) oder Insolvenz der Beschenkten auf die Pflichtteilsberechtigten überwälzt worden sei<sup>114</sup>, widerspricht den Zielsetzungen des ErbRÄG 2015, den Rechtsschutz der Pflichtteilsberechtigten insgesamt zu verbessern und auszubauen. Nichts in den Materialien deutet darauf hin, dass mit Abkehr von der alleinigen Haftung der zuletzt Beschenkten (§ 951 Abs 3 ABGB aF) eine Verschlechterung der Position der Pflichtteilsberechtigten bezweckt gewesen sei.<sup>115</sup>

Das formale Abstellen auf die Z 5 (dh ihre zwingende Einbeziehung in die Bemessungsgrundlage des Pflichtteils) würde konsequenterweise zu einer Einschränkung bzw. **Verdünnung** dieses **Haftungskonzepts** führen.

<sup>111</sup> Zollner/Hartlieb, PSR 2020, 60 (69). Eine Bewertung nach dem Todestag, erst zum Tag des Ablebens nachversterbender Mitstifter:innen ist ausgeschlossen, sofern es nicht um die Berechnung im Nachlass des/der Nachverstorbenen geht.

<sup>112</sup> Schamberger, Die Haftung des Geschenknehmers nach §§ 789 ff ABGB, NZ 2017, 369 (370f). Die Einschränkung des gegen Geschenknehmer:innen persönlich gerichteten Klagebegehrens auf die Sachhaftung ist ein Minus (§ 405 ZPO), kein Aliud (OGH 14. 12. 2023, 2 Ob 176/23 f [Rz 23]).

<sup>113</sup> Das trifft nach Rsp und hL zu, wenn Geschenknehmer:innen den Besitz aufgeben, obwohl nach den Umständen mit künftigen Ansprüchen zu rechnen ist (RS0012958; OGH 27. 6. 2023, 2 Ob 105/23 i – Redlichkeit bestätigt, weil die Geschenknehmerin auf Auskünfte des Erblassers und der involvierten Notare vertrauen konnte, dass Pflichtteilsansprüche durch Vorempfänge gedeckt seien; Musger in KBB<sup>7</sup> §§ 790 Rz 1).

<sup>114</sup> Zöchling-Jud in FS Schauer 649 (662); Schauer in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 193 (225); Musger in KBB<sup>7</sup> § 789 Rz 3; Welser, Erbrechts-Kommentar § 789 Rz 7.

<sup>115</sup> So Umlauft, Hinzu- und Anrechnung 212 f unter Hinweis auf die Ausfallshaftung der früher Beschenkten im alten Recht.

ren<sup>116</sup> und ist daher abzulehnen. Selbst wenn sich das gesamte Vermögen noch in der Stiftung befindet, würde im Szenario der Konkurrenz von Z 4 und Z 5 die Stiftung nur für den Anteil haften, um den der Wert der Vermögenswidmung den Wert der Begünstigungen übersteigt.<sup>117</sup> Nach mehr als zwei Jahren wäre die Stiftung haftungsbefreit, was in wirtschaftlicher Hinsicht dem Prinzip Sachhaftung widerspricht und nach zutreffender Ansicht abzulehnen ist.<sup>118</sup> Richtig ist zwar, dass Pflichtteilsberechtigte auch im Fall hinzurechnungsfreier Schenkungen (§ 782 Abs 1, § 784) leer ausgehen können. Darin kommt aber die Anerkennung gegenläufiger Interessen von Geschenknehmer(inne)n in bestimmten Fällen zum Ausdruck, die sich in der Privatstiftung nicht manifestieren. Entsprechend ihrer Verteilungs- und Treuhandfunktion ist sie nicht Trägerin eigenständiger Interessen, die getrennt von den Interessen der Begünstigten bestehen. Außerdem würden sich die Begünstigten in einer prekären Lage finden, wenn sie für ein Geschenk einzustehen hätten, das nur einen Schätzwert repräsentiert und ihnen noch nicht zugeflossen ist.<sup>119</sup> Sie wären einer Sachhaftung ohne Sachen ausgesetzt. Auch diese den Interessen der Begünstigten abträglichen Konsequenzen würden die Ratio der Geschenknehmerhaftung (§ 789, § 790) konterkarieren. Nach den Materialien besteht kein Zweifel, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass die Stiftung solange haftet, als das Vermögen nicht ausgeschüttet wird.<sup>120</sup>

*Umlauft* bejaht daher richtigerweise die uneingeschränkte Passivlegitimation der Privatstiftung gem § 789, soweit sich das Vermögen noch in der Stiftung befindet.<sup>121</sup> Seine Begründung kann am Vergleich zu Cohens<sup>122</sup> Vorschlägen für das Besitznachfolgerecht aufbauen, wonach die Passivlegitimation der ersten Geschenknehmer:innen bejaht wird. Der Einwand, dass es im Kontext der Stiftung nicht um Rechtsmissbrauch

<sup>116</sup> Siehe *Zöchling-Jud* in FS Schauer 649 (663ff). Nur soweit *Zöchling-Jud* eine Haftung der Stiftung für Begünstigten schon zugewendetes Vermögen verneint, ist ihr zu folgen.

<sup>117</sup> *Zöchling-Jud* in FS Schauer 649 (691ff); dieselbe, ZFS 2017, 162 (171); Klampfl, Die Einräumung einer Stifterstellung unter Lebenden im Pflichtteilsrecht, GesRZ 2018, 69 (80).

<sup>118</sup> So auch Oberhummer in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> Rz 15.32.

<sup>119</sup> Reich-Rohrwig, Erbrecht<sup>2</sup> 20ff.

<sup>120</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36. Dass die Erläuterungen in Bezug auf eine mögliche Haftung des Stiftungsvorstands wegen Missachtung der Zuwendungssperre (§ 17 Abs 2 PSG) zu allgemein formuliert sind, ist eine andere Sache.

<sup>121</sup> NZ 2023, 595 (600ff); aA *Zöchling-Jud* in FS Schauer 649 (663f). Die Passivlegitimation der Stiftung ist auch für den Auskunftsanspruch nach § 786 zu bejahen, nicht nur zum gewidmeten Vermögen, sondern auch bezüglich Stiftungszusatzurkunde (Begünstigtenregelung), Begünstigte, bisherige Ausschüttungen etc (A. Hofmann, Der Anspruch auf Auskunft über Schenkungen nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2019, 322 [331ff]; einschränkend *Zöchling-Jud*, ZFS 2017, 162 [172]).

<sup>122</sup> Drittbegünstigung auf den Todesfall 326f.

gehe, verängt nicht. Cohen<sup>123</sup> begründet die Haftung der ersten Geschenknehmer:innen mit dem wirtschaftlichen Zweck der Vereinbarung und ihrer einem/einer Fruchtgenussberechtigten ähnlichen Stellung. Die Haftung klebt am Vermögen, aus dem sich die Begünstigung als Bezugspunkt für die anspruchserhöhende Hinzurechnung speist. Davon abgesehen erscheint es nach den Erwägungen des Gesetzgebers durchaus sachgerecht, Lösungen für die Stiftung auch aus dem Blickwinkel der Missbrauchsprophylaxe zu schmieden. Schon in einer der ersten Entscheidungen zur pflichtteilsrechtlichen Anfechtung einer Stiftungstransaktion bejahte der OGH aus diesem Grund obiter die mögliche Haftung der Stiftung.<sup>124</sup> Die Geschenknehmerhaftung der Stiftung lässt sich aus dieser Überlegung ganz allgemein rechtfertigen, weil sie aus der notwendigen Vermeidung objektiver Gefahren resultiert, die von der Stiftung für das Pflichtteilsrecht ausgehen<sup>125</sup>, und eine spezielle Umgehungsabsicht nicht erforderlich ist.<sup>126</sup>

Für das von *Umlauft* vertretene Haftungskonzept spricht weiters, dass Rechte aus einer Stiftungsbegünstigung **höchstpersönlich**, unübertragbar und sohin nicht **pfändbar** sind (§ 326 Abs 2 Z 2 EO). Einer Pfändung (durch Forderungsexekution) zugänglich sind nur **klagbare** Ansprüche bzw fällige Ansprüche aus gefassten Zuwendungsentscheidungen des Stiftungsvorstandes. Untersagt die Stiftungserklärung Auszahlungen an Dritte (Gläubiger), erscheint die Pfändbarkeit überhaupt ausgeschlossen.<sup>127</sup> Der Verweis der Pflichtteilsberechtigten auf die schrittweise Pfändung künftiger Ausschüttungen könnte die Erfüllung ihrer Ansprüche über Jahre hinauszögern und würde mit der **beschränkten Stundungsmöglichkeit** (§ 766) kollidieren (s dazu oben unter Punkt D.). Wird die Sachhaftung in einzelne Exekutionsschritte „zerlegt“, passt das auch nicht mehr ins Konzept der Begünstigung als einem ungeteilten Vermögenswert (Rechtsstellung).

Die **Außenhaftung** der Stiftung darf nichts daran ändern, dass die Pflichtteilsforderung am Ende von den Begünstigten als Geschenknehmer:innen im Verhältnis des Werts der zukommenden Begünstigungen zu tragen ist. *Umlauft* schlägt einen **Regress**<sup>128</sup> nach der folgenden Formel vor: Ermittelt wird die Summe aus (i) dem noch vorhandenen Stiftungsvermögen (vermindert um die anstehende Ausschüttung an die mithaftenden Begünstigten [„Zuwendungsanspruch“]), (ii) den schon geleisteten Zahlungen zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen und (iii) den schon ausgeschütteten Zuwendungen an beitragspflichtige Begünstigte („Summe“).

<sup>123</sup> Drittbegünstigung auf den Todesfall 324f.

<sup>124</sup> 19. 12. 2002, 6 Ob 290/02 v ecolex 2003, 328 (krit B. Jud).

<sup>125</sup> Fidler, PSR 2017, 52 (54).

<sup>126</sup> Vgl RS0016780.

<sup>127</sup> Arnold, PSG<sup>4</sup> § 5 Rz 54.

<sup>128</sup> NZ 2023, 595 (602ff). Als Rechtsgrundlage für den Regress kommen § 1042 oder § 896 (analog) in Betracht.

Von den Zuwendungen behält die Stiftung einen Betrag im Verhältnis der jeweiligen Summe zum Zuwendungsanspruch ein.<sup>129</sup> Ähnlich plädiert Arnold für eine direkte Haftung der Stiftung und im Wege des Regresses reduzierte Zuwendungen.<sup>130</sup>

### F. Storytelling im Ausnahmetatbestand des § 784

Typisiert wird auch bei der Handhabung der Befreiung nach **§ 784 erster Fall** (keine Hinzurechnung von Schenkungen, die das **Stammvermögen** nicht angreifen). Der OGH „zergliedert“ die Berechnung, indem er nur die jährlichen Zuwendungen dem Jahreseinkommen gegenüberstellt.<sup>131</sup> Sind von vornherein Zahlungen für einen mehrjährigen Zeitraum geplant (zB Einrichtung eines Dauerauftrags für einen Sparplan), ist aber eine **periodesübergreifende Gesamtbetrachtung** angezeigt (Gegenüberstellung von durchschnittlichem Jahreseinkommen und Gesamtwert der über mehrere Jahre erbrachten Zuwendungen).<sup>132</sup>

Große Bedeutung kommt in der Praxis der Ausnahme von Schenkungen zu, die „*in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstandes*“ (**§ 784 dritter Fall**) gemacht werden. Die von der Rsp konkretisierten Vorgaben sind mehr oder weniger vage. Verlangt wird eine aus den konkreten Umständen erwachsende, „*in den Geboten der Sittlichkeit wurzelnde Verpflichtung des Schenkers*“. Sie ist – unter Berücksichtigung der persönlichen Beziehungen der Vertragsenteile sowie ihrer Vermögens- und Lebensverhältnisse – an den Anschauungen redlicher und rechtsverbundener Mitglieder der betroffenen Verkehrskreise für die verschiedenen Lebensbereiche zu messen.<sup>133</sup> Die Rsp bejahte diese Voraussetzungen zB für Schenkungen als Abgeltung für eine über die Beistandspflicht hinausgehende Pflege<sup>134</sup>, zur Überbrückung einer finanziellen

<sup>129</sup> Die Bewertung des Deckungswerts der Begünstigtenstellung erfolgt (zum Todestag) getrennt vom einbehaltenen Regress bei späteren Ausschüttungen. Berechnungsprobleme aus einem zirkulären Bezug beider Größen (so Zöchl-Jud in FS Schauer 649 [666]) stehen nicht zu befürchten.

<sup>130</sup> Vortrag „Stiftung und Pflichtteil“, gehalten am 13. 12. 2023 im Konversatorium: Aktuelle Fragen im Erbrecht des Instituts für Zivilrecht der Universität Wien, WS 2023/2024; vgl Arnold (GesRZ 2015, 346 [354]), der anfangs vorschlug, eine unzureichende Haftung des Stiftungsvermögens durch einen geringeren Abzug der Begünstigtenstellung von der Vermögenswidmung zu korrigieren. Das entschärfte die bei formaler Sicht auf die Z 4 und Z 5 unbefriedigende Haftung.

<sup>131</sup> OGH 30. 3. 2011, 9 Ob 48/10i; 28. 5. 2024, 2 Ob 74/24g; Krausler, Umgehung des Pflichtteils bei periodischer Verschenkung des Einkommens? NZ 2019, 401.

<sup>132</sup> Einer Stellungnahme zu dieser Konstellation wichen der OGH in der Entscheidung vom 13. 12. 2022, 2 Ob 224/22p EvBl 2023, 483 (Kogler) aus, indem er die Unentgeltlichkeit verneinte.

<sup>133</sup> OGH 7. 8. 2012, 2 Ob 14/12s; 16. 5. 2023, 2 Ob 233/22m (Rz 4) JEV 2023, 227 (Fernbach).

<sup>134</sup> OGH 24. 4. 2001, 1 Ob 46/01y NZ 2001, 444.

Notlage der Tochter nach der Trennung vom Ehepartner<sup>135</sup> oder für die Einräumung eines Wohnrechts für den auf Wunsch des Geschenkgebers in dessen Haus einziehenden Sohn.<sup>136</sup> Der vergoltene moralische Grund muss zum Zeitpunkt der Schenkung vorliegen. Künftige Umstände lassen sich nur als Gegenleistung (gemischte Schenkung) qualifizieren.<sup>137</sup> Den Ausschluss von der Befreiung müssen Erblasser:innen in allen Fällen des § 784 mit den Geschenknehmer(inne)n vereinbaren. Eine letztwillig verfügte Anordnung reicht nicht. Die Befreiung des § 784 dritter Fall soll nur in **besonders gewichtigen** Fällen zum Tragen kommen. Eine zu weitreichende Auslegung würde das Pflichtteilsrecht und die Gleichbehandlung der Pflichtteilsberechtigten unterlaufen.<sup>138</sup> Trotzdem spielt der Tatbestand gerade infolge seiner **Unbestimmtheit**<sup>139</sup> dem Gestalten in die Hände. Lässt sich darüber streiten, ob ein darauf aufbauendes Szenario vor Gericht „hält“, haben die Pflichtteilsschuldner:innen zusätzliche **Verhandlungsmaße** in petto.

### G. Ergebnisse

- Bei der Abgrenzung hinzurechnungspflichtiger von nicht hinzurechnungspflichtigen Schenkungen überwiegt in Lehre und Rsp die typisierende Betrachtungsweise. Das schafft zwar Rechts- und Planungssicherheit, verleitet aber zu Umgehungen und führt dazu, dass wirtschaftlich gleich gelagerte Sachverhalte hinzu- und anrechnungsrechtlich ungleich behandelt werden. Zu wünschen ist, dass sich die Rsp mehr der wirtschaftlichen Betrachtung zuwendet und auch dem in Z 6 vorgesehenen wirtschaftlichen Leistungsbegriff mehr Beachtung schenkt.
- Die Beweislast für die Hinzurechnung oder eine Ausnahme von der Anrechnung liegt bei den Pflichtteilsgläubiger(inne)n, für die Anrechnung oder eine Ausnahme von der Hinzurechnung bei den Pflichtteilschuldner(inne)n. Begehren auf Hinzu- oder Anrechnung wirken materiellrechtlich nur relativ zwischen Schuldner(inne)n und Gläubiger(inne)n und nicht objektiv (keine „Allseitswirkung“). Infolge fehlender Identität der Parteien zieht eine Hinzurechnung im Prozess nicht notwendigerweise die Anrechnung bei den Zuwendungsempfänger(inne)n nach sich und umgekehrt.
- Der Widerspruch zwischen der nach § 766 begrenzten Stundungsmöglichkeit und der in § 762 angeordneten Deckungseignung betrifft nur letztwillige Zu-

<sup>135</sup> OGH 13. 12. 2022, 2 Ob 224/22p EvBl (Kogler) – Geldschenkung zur Ausstattung einer Wohnung.

<sup>136</sup> OGH 16. 5. 2023, 2 Ob 233/22m JEV 2023, 227 (Fernbach).

<sup>137</sup> OGH 25. 7. 2024, 2 Ob 110/24a Zak 2024, 293.

<sup>138</sup> OGH 28. 8. 2014, 6 Ob 101/14t NZ 2015, 62.

<sup>139</sup> Der OGH hegt dagegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (28. 8. 2014, 6 Ob 101/14t NZ 2015, 62); krit Kletečka in Rabl/Zöchl-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht 89 (104f).

wendungen, die nicht auf die Erfüllung des Geldpflichtteils gerichtet sind. Hinsichtlich letztwilliger Zuwendungen geht § 766 Abs 1 S 2 dem § 762 vor. Die Pflichtteilsberechtigten können nach hier vertretener Auffassung die Differenz auf den Geldpflichtteil, die ex ante anhand der für den zulässigen Stundungszeitraum prognostizierten Zuflüsse zu beziffern ist, ein Jahr nach dem Tod fordern und eine allfällige Überdeckung behalten. Schenkungen sind zweiseitige Rechtsgeschäfte, mit deren Annahme Geschenknehmer:innen die Deckung gem § 762 mit ungewissem Wert akzeptieren. Als Schenkung kann auch eine Begünstigung nach Z 5 den Pflichtteilsberechtigten nicht aufgedrängt werden. Sie kann ausgeschlagen werden, ohne das Wertäquivalent auf den Geldpflichtteil zu verlieren.

- Die Privatstiftung ist wirtschaftlich zu betrachten. Bis zum Tod des Stifters/der Stifterin ist sie dessen/deren „verlängerter Arm“. Nach dem Ableben erfüllt sie nur eine Treuhand- und Verteilungsfunktion für die Begünstigten, an die sie das gestiftete Vermögen nur durchreicht. Die meisten Fragen im Schnittfeld von Pflichtteils- und Stiftungsrecht lassen sich lösen, indem man die Stiftung „wegdenkt“. Anstoß dazu gibt die letzte Rsp zur Stiftung in der nachehelichen Aufteilung.
- Begünstigtenstellungen nach § 780 Abs 1 und gem Z 5 sind mit dem abgezinsten Barwert prognostizierter Zuwendungen, die die Begünstigten mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten haben, zu beziffern. Zuwendungen, die Stiftungsbegünstigte gem Z 5 bis zum Tod des Stifters/der Stifterin erhalten, sind wie direkte Schenkungen des/der Verstorbenen zu behandeln. Eine Bewertung der Begünstigtenstellung ex ante zum Zeitpunkt der Einräumung anstelle bzw ohne Berücksichtigung tatsächlicher Ausschüttungen scheidet aus. Unsicherheiten und Unschärfen bei der Bewertung einer Begünstigtenstellung gehen zu Lasten des/der für die jeweilige Hinzu- oder Anrechnung Beweispflichtigen (s oben unter Punkt 2.).
- Die (auf eine Begünstigung bezogene) Vermögenswidmung (Z 4) und die Einräumung der entsprechenden Begünstigtenstellung (Z 5) sind nicht unterschiedliche Zuwendungsarten, sondern wirtschaftlich verschiedene Seiten derselben Zuwendung. Zur Vermeidung einer doppelten Berücksichtigung können die Pflichtteilsberechtigten nach zutreffender Ansicht

von *Umlauft* wählen, ob sie zur Berechnung ihrer Ansprüche entweder das Stiftungsvermögen oder die Begünstigtenstellungen oder sowohl das um die Begünstigtenstellungen vermehrte Stiftungsvermögen als auch die Begünstigtenstellungen hinzurechnen. Das auf den Wert des Stiftungsvermögens gestützte Hinzurechnungsbegehren von Pflichtteilsgläubiger(inne)n nimmt den Pflichtteilschuldner (inne)n nicht die Möglichkeit, von den Begünstigten die Anrechnung ihrer Begünstigtenstellung zu verlangen.

- Auch wenn die ins Auge gefasste Hinzurechnung einer Begünstigung gem Z 5 nach endgültiger Stiftung des Vermögens (Verzicht auf Widerruf oder Änderung) und Ablauf von zwei Jahren nicht mehr mit Z 4 konkurriert, kann im Sinne der Ansicht von *Umlauft* entsprechend der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung zu deren Bewertung das Stiftungsvermögen herangezogen werden, soweit es der Speisung der Begünstigung gewidmet ist. Die Einordnung des Verzichts auf die Ausübung von Stifterrechten durch den Stifter/die Stifterin als pflichtteilsrechtliche Zuwendung an Begünstigte iSd Z 6 (nach Kogler und 2 Ob 59/22y Rz 8) führt zum selben Ergebnis.
- Soweit das Stiftungsvermögen noch nicht an die Begünstigten ausgeschüttet wurde, trifft die Stiftung infolge ihrer bloßen Verteilungsfunktion, unabhängig vom Zeitpunkt des Vermögensopfers, die Sachhaftung nach § 789 für haftungsverfangene Begünstigungen. Der auf einzelne beitragspflichtige Begünstigte entfallende Anteil wird (im Regress) von den Zuwendungen einbehalten (*Lösung Umlauft*).
- Werden Zuwendungen planmäßig über einen mehrjährigen Zeitraum gemacht, ist für die Ausnahme des § 784 erster Fall (Schenkung ohne Schmälerung des Stammvermögens) deren Gesamtwert dem durchschnittlichen Jahreseinkommen gegenüberzustellen. Die Ausnahme des § 784 dritter Fall (Schenkung aus sittlicher Pflicht) ist eng auszulegen und bleibt auf gewichtige moralische Gründe beschränkt, um das Pflichtteilsrecht nicht auszuhöhlen.

### Über den Autor

RA Dr. Alexander Hofmann, LL.M., ist Rechtsanwalt in Wien und auf Erbrecht spezialisiert.